UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

LES FICTIONS DE CONTRATS

DANS LE CODE CIVIL
ET DEPUIS LE CODE CIVIL

THÈSE

Présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

JEAN MAYNAU

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

(ES-SCIENCES JURIDIQUES)

« *Tout n'est pas contractuel dans le contrat* ».

(E. Durkheim, De la Division du travail social, Thèse de Lettres, Paris. Alcan, 1883 1re édition, p. 230).

« *Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom et dont la construction juridique reste à faire* ».

(R. Saleilles, De la Déclaration de Volonté, Paris, Pichon, 1901, p. 229.

MONTPELLIER
IMPRIMERIE DE L' « ECONOMISTE MERIDIONAL »
19, Avenue de Toulouse, 19

1924

LES FICTIONS DE CONTRATS

DANS LE CODE CIVIL

ET DEPUIS LE CODE CIVIL

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

LES FICTIONS DE CONTRATS

DANS LE CODE CIVIL
ET DEPUIS LE CODE CIVIL

THÈSE

Présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

JEAN MAYNAU

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

(ES-SCIENCES JURIDIQUES)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

« *Tout n'est pas contractuel dans le contrat* ».

(E. Durkheim, De la Division du travail social, Thèse de Lettres, Paris. Alcan, 1883 1re édition, p. 230).

« *Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom et dont la construction juridique reste à faire* ».

(R. Saleilles, De la Déclaration de Volonté, Paris, Pichon, 1901, p. 229.

MONTPELLIER
IMPRIMERIE DE L' « ECONOMISTE MERIDIONAL »
19, Avenue de Toulouse, 19

1924

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VALÉRY, professeur de Droit commercial.
MOYE, Doyen, professeur de Droit International public.
MORIN, assessseur, professeur de Droit civil.
DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel, détaché à la Faculté de Droit de Paris.
BECQUÉ, professeur de Droit civil.
DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit administratif.
ROCHE-AGUSSOL, professeur d'Economie politique.
VIALLETON, professeur de Droit civil.
BOSC, professeur de Procédure Civile.
VIARD, professeur d'Histoire du Droit.
BASTID, chargé de cours de Droit constitutionnel.
DIJOL, chargé de cours de Législation Industrielle.
TISSET, chargé de cours de Droit romain.
TEILLARD, chargé de cours d'Economie politique.
DELBEZ, chargé de cours de Droit romain.
CUQ, chargé de cours de Droit criminel.
VIGIÉ et BRÉMOND, doyens honoraires.
LABORDE et CHAUSSE, professeurs honoraires.
DUBOIS, secrétaire.
ROCHETTE, secrétaire honoraire.

MEMBRES DU JURY

MM. MORIN, *Président.*
BECQUÉ,
VIALLETON. } *Assesseurs*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MONSIEUR GASTON MORIN

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

Hommage respectueux

J. MAYNAU.

LES FICTIONS DE CONTRATS

DANS LE CODE CIVIL

ET DEPUIS LE CODE CIVIL

INTRODUCTION

« Il y a, à propos du *rôle de la volonté dans le contrat,* a écrit M. Dereux, un problème grave et difficile qui se pose, je dirai même qui s'impose et qui attend sa solution... et il n'y a pas là rien que des questions de mots, mais des conflits d'idées, de principes, qui ont une haute valeur juridique et sociale » (1). Cela n'est pas pour nous surprendre, car nous savons que le rôle de la volonté dans le contrat a été compris de façon toute différente par l'école traditionnelle et par l'école nouvelle.

D'une part, des *auteurs contemporains éminents,* dont nous avons fait deux citations en épigraphe de ce travail, ont été jusqu'à affirmer que « tout n'est pas contractuel dans le contrat » (2), et qu'il y a « des prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom et dont

(1) Georges Dereux. *Etude des diverses conceptions actuelles du contrat.* In *Revue trimestrielle de législation et de jurisprudence,* 1re année, nouvelle série, tome XXX, 1901, p. 535.

(2) E. Durkheim. *De la division du travail social.* Thèse de Lettres, Paris, Alcan, 1893, 1re édit., p. 230.

la construction juridique reste à faire » (1). M. Duguit, parlant du contrat de louage de services, affirme que « de contrat il n'y en a point », et que « la loi positive intervient d'autant mieux qu'il n'y a plus et ne peut plus y avoir de rapport contractuel » (2). Et M. Cruet, déduisant toutes les conséquences d'une telle argumentation, a montré qu'on risquait d'aller encore plus loin et de ne plus trouver de « contrat qui reste un vrai contrat », car il « n'en est aucun, pour ainsi dire, qui ne soit à quelque degré, comme le contrat de travail, un contrat forcé. *Tous les contrats seraient léonins...* et, en définitive, la véritable solution du problème de la liberté ne serait-elle pas: la loi partout, le contrat nulle part? » (3).

Et, d'autre part, on n'ignore pas que, pour l'*école classique, la volonté est toute puissante* (4), et que le contrat est le fondement de toute obligation et la source unique du droit. Comme l'a écrit M. Crétinon, « d'une part, pas d'obligation sans contrat, d'autre part tout engagement contractuel est licite. Seul je peux m'engager; je peux m'engager à tout ce que je veux » (5). En d'autres termes, la pure doctrine individualiste et

---

(1) R. Saleilles. *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, p. 229. Cons. aussi M. Hauriou (*Sirey*, 1908, III, p. 18, col. 3, et p. 19, col. 3).

(2) L. Duguit. Cité dans J. Cruet. *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, E. Flammarion, 1920, p. 292-293.

(3) Cruet, *op. cit.*, p. 293. — Adde Hayem. *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*. Paris, thèse, 1899, *passim*. — Voy. aussi ce qu'a écrit M. Emmanuel Lévy, allant encore beaucoup plus loin: « On peut dire ou ne pas dire que le contrat est un acte de volonté. Ce n'est que façon de dire... La volonté est une idole ». *Volonté et arbitrage*. In *Rev. social.*, 15 mars 1911, p. 241-242.

(4) Cf. Brugeilles. *Le droit et l'obligation*, dans *Rev. trim. de droit civil*, 1909, p. 315. « La théorie fondamentale du droit » est celle de la volonté juridique.

(5) Crétinon. « Le point de vue individualiste et le point de vue social dans le droit », in *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 134.

libérale pourrait se ramener aux deux postulats formulés par M. Gounot: « Toute obligation, pour être juste, doit être librement consentie; toute obligation librement consentie est juste »; ou encore « nul ne peut être engagé sans l'avoir voulu, et tout engagement libre est juste » (1). Ainsi toute justice est contractuelle, tout droit ne peut naître que d'un contrat.

On sait dès lors combien sont opposées les conceptions des deux écoles pour le rôle de la volonté dans les contrats et pour la fonction même du contrat dans la vie juridique. Il est vraisemblable *a priori* que la réaction de la doctrine contemporaine contre la doctrine individualiste, à supposer même qu'elle ait pu être parfois excessive, a été bienfaisante, car la théorie purement contractuelle de l'acte juridique a vécu (2). Il est cer-

---

(1) E. Gounot. « Le principe de l'autonomie de la volonté », *Thèse Dijon*, 1912, p. 61.

(2) En formulant cette critique, nous envisageons la doctrine de l'autonomie de la volonté dans son application à la vie juridique actuelle, car elle a pu exercer, à l'époque où elle a apparu, une action féconde.

Cf. Duguit. *L'Etat, le droit objectif, la loi positive*, Paris, 1901, p. 13 et p. 272.

Voy. aussi Duguit. *Manuel de droit constitutionnel*, 2e édition, 1911, p. 4. « Nos lois et nos codes sont pour la plupart inspirés par cette doctrine (individualiste). Quoique reposant sur des idées inexactes, la doctrine individualiste a rendu un immense service et réalisé un progrès considérable: elle a permis d'affirmer nettement pour la première fois la limitation par le droit des pouvoirs de l'Etat ».

Voyez encore M. Gaston Morin. *La révolte des faits contre le Code* (Paris, Bernard Grasset, 1920), p. 196-197: « Certes, l'individualisme du XVIIIe siècle a joué un rôle considérable dans l'œuvre de la Révolution: il a donné une justification rationnelle des révoltes légitimes de l'individu contre des institutions qui, ayant épuisé leur sève, subordonnaient la collectivité à l'individu sans aucun profit pour lui. — Mais, fécond dans l'œuvre des destructions nécessaires, l'individualisme ne pouvait fournir la base des reconstructions. Il contrariait trop la réalité pour établir son autorité d'une manière durable, il ne connaît que l'individu isolé dont il fait un souverain, titulaire de droits sans limite ».

tain qu'en voulant, de gré ou de force, faire entrer tous les rapports de la vie économique dans le moule préexistant du contrat, on a vu des contrats même là où il n'y en avait pas. Et il n'est pas moins certain cependant qu'il existe des situations qui ressemblent beaucoup à des contrats, sans cependant être de véritables contrats... Ces rapports, ces situations, que l'on a assimilés ou que l'on pourrait assimiler à des contrats, dont cependant ils diffèrent à certains points de vue, ce sont les fictions de contrats que nous nous proposons d'étudier.

Il y a plus. Au nombre des éléments intellectuels qui jouent un rôle éminent dans l'élaboration du droit positif et concourent à former ce que M. Gény a appelé l'épistémologie juridique (1), se trouve incontestablement *le concept de contrat*. Celui-ci, comme la plupart des concepts, « dirige souvent la pensée du jurisconsulte, et inspire son action même » (2), mais « isolé des intérêts qu'il représente, s'organisant suivant sa nature propre et se combinant avec d'autres concepts de même sorte » (3), il risque d'aboutir malheureusement à « former une pure construction juridique, bâtie toute en abstraction et par les seuls efforts de la pensée » (4). La vie du droit, en effet, en son ensemble, est un art fondé sur une science (5): *à l'élaboration purement scientifique du droit positif* (6), qui doit dégager des phénomènes les lois qu'ils imposent et révéler au juriste, en étudiant le donné de la vie sociale, les fins

---

(1) Cf. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, 1re partie, 1914, p. 101 à 165, n° 36 à n° 57.

(2) Cf. Fr. Gény, *op. cit.*, n° 35, p. 103.

(3) Cf. Fr. Gény, *op. cit.*, n° 40, p. 113.

(4) Cf. Fr. Gény, *op. cit.*, n° 40, p. 113.

(5) Cf. Fr. Gény, *op. cit.*, n° 23, p. 70-71.

(6) Cf. Fr. Gény, *op. cit.*, t. II, ou 2e partie « Elaboration scientifique du droit positif. L'irréductible « droit naturel » (octobre 1915).

propres à réaliser, *s'ajoute nécessairement une élaboration plus spécialement technique* (1) qui est une sorte d'art ou de construction ayant pour mission d'adapter des moyens aux fins établies, en vue d'assurer la réalisation la plus large de la vie du droit, et s'exerçant le plus souvent avec des artifices divers.

Or, précisément, le contrat poussé jusqu'à la fiction est un de ces artifices qui a souvent servi à la construction du droit, tantôt avec bonheur, mais tantôt aussi d'une façon véritablement abusive, nous serons forcés de le reconnaître, car la fiction arrive à déborder considérablement le domaine technique et peut alors exercer une répercussion fâcheuse sur le domaine proprement scientifique de l'élaboration juridique. Mais cela nous suffit pour le moment à faire entrevoir le rôle important que le contrat fictif peut jouer dans la technique du droit privé positif et la contribution qu'il apporte à la critique de la méthode juridique.

Peut-être dira-t-on que c'est là de pures questions de philosophie du droit qui, de ce chef, n'offrent pas grand intérêt pratique. Nous ne le pensons pas. Nous croyons qu'il est toujours utile de revêtir de mots précis et significatifs tous les rapports juridiques, de les condenser en des formules claires et exactes, et de rechercher les traits qui les rapprochent et ceux qui les séparent, car il est toujours important d'avoir des idées théoriquement exactes (2). Nous savons d'ailleurs combien le moyen de technique juridique qu'est la fiction a été précieux aux mains du prêteur romain pour

---

(1) Cf. Fr. Gény, *op. cit*, tome III, ou 3e partie « Elaboration technique du droit positif » (juin 1921).

(2) Duguit. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2e édition, 1920 (Félix Alcan), p. 125. —Sur la terminologie juridique, voy. Gény, *Sc. et Tech.*, t. III, ch. VIII, n° 254 à 261, p. 448-493.

assurer l'adaptation constante du droit aux faits sans cesse changeants des douze siècles de l'histoire romaine (1). Et puis, les idées théoriques sont « un aliment quotidien » (2) absolument indispensable à la marche continue du droit, dont se nourrissent, sans s'en douter, même les hommes qui en sont le plus dédaigneux; elles ont souvent été « le germe fécond d'où sont sortis d'importants progrès » (3).

C'est en quelque sorte *une construction juridique* (4), que nous voulons tenter sous le vocable de « Fiction de contrat »; celle-ci doit traduire certainement une tendance du droit moderne sous laquelle se dissimule un principe ou une doctrine que l'on n'avoue peut-être pas toujours ouvertement et auxquels cependant peuvent obéir, d'une façon inconsciente, ceux qui contribuent à leur existence. Il y a, en effet, dans beaucoup d'organismes naturels et de solutions juridiques une finalité qui s'ignore et dont il est cependant utile de dégager les lignes générales. Aussi, nous semble-t-il, il y a un réel intérêt à rechercher, à cette époque où la réaction sociale monte grandissante contre la conception individualiste et contractuelle de la Révolution française, — car le droit est un perpétuel devenir comme la vie elle-même sur laquelle il doit se modeler, — quelles sont les situations qui ne sont que fictivement contractuelles et s'expliquent plus rationnellement par

---

(1) Cf. Cruet, *op. cit.*, p. 28 « Et le droit fictif des jurisconsultes n'était-il pas le vrai droit, puisque passant dans la pratique judiciaire il devenait le droit effectivement appliqué? ».

(2) H. Poincaré. *Valeur de la science*, Paris, Flammarion, 1905, p. 138.

(3) E. Picard. « De la science », in *De la méthode dans les sciences*, 1re série, Alcan, 1909, p. 9. — Voy. également Bouty: *La vérité scientifique, sa poursuite*, Paris, 5e édit., 1916, *passim*, et surtout p. 43.

(4) Sur la construction juridique, voy. Gény, *Science et Technique*, t. III chap. VI, n° 214 et suiv., p. 175 et suiv., et notamment n° 215, p. 178-185.

des idées d'équité, d'intérêt général et d'utilité sociale, que par des concours de volontés tacites, présumées ou simplement éventuelles, quand elles ne sont pas véritablement absentes. Et si l'on nous objecte que les fondements des solutions importent peu, pourvu que ces solutions soient justes, nous répondrons que la fiction est toujours dangereuse, car, non seulement elle tend à devenir pour l'esprit comme une sorte de prisme s'interposant entre les choses et lui, à travers lequel il ne voit plus qu'une réalité imparfaite et déformée, mais encore elle nous donne la notion fausse de l'immobilité et de l'absolu du droit ; à la longue, elle risque d'habituer à prendre « l'appareil logique de la science pour la science elle-même » (1). A tous égards, il vaut mieux regarder les faits en face, et enlever tout masque qui les voilerait à nos yeux.

Certes, le terrain que nous nous proposons de parcourir a déjà été bien exploré, et il peut paraître, à juste titre, bien téméraire de vouloir ajouter quelque chose à ce qui a été écrit par des Maîtres aussi éminents que MM. Saleilles, Lambert, Durkheim, Gény... Et, pour ne parler que de l'œuvre de M Gény, dont les nouvelles études de « *Science et Technique en Droit Privé Positif* » (2) sont particulièrement remarquables, comment espérer, par exemple, écrire actuellement quelque chose de plus précis, et surtout avec les faibles moyens dont nous disposons, que son tome troisième sur l'*Elaboration proprement technique du droit?* Tout à peine semble-t-il possible d'espérer qu'on laissera un pli léger et peu apparent à toutes les questions que l'on touchera une fois de plus ! Et cependant nous croyons

(1) H. Bergson. « Introd. à la métaph., in *Revue de Mét. et de Mor.*, 1903, p. 29.

(2) François Gény. *Science et technique en droit privé positif*, 3 tomes, *op. cit.*

sentir pour la philosophie du droit (1), — car la philosophie est toujours inévitable, ne serait-ce que parce que le Code crée une série de fictions juridiques sans définir le mot de fiction (2), ou parce que la fiction sous ses différents aspects hante encore et toujours de nombreux esprits, — l'utilité de tenter, en rassemblant tous les documents que nous fournissent tant de remarquables travaux, la construction juridique de la Fiction de Contrat, qui ne nous paraît pas avoir encore été faite sous la forme particulière que nous envisageons. Nous espérons qu'elle nous permettra de donner un corps et comme une charpente à certaines notions toujours un peu vagues de volonté et de contrat qui manquent d'une formule nette et précise (3).

---

(1) Sur l'utilité de la philosophie pour l'étude du droit, voy. par ex. Gény, *Science et Techn.*, t. I, introduction, p. 5: « ...Ainsi le juriste peut, à la condition d'être pourvu d'un minimum indispensable d'esprit philosophique, avoir chance de découvrir lui-même les ressorts les plus cachés de l'organisme juridique, qu'il lui incombe de mettre en œuvre ». — Cf. aussi X. Toraux-Bayle, *Introd. à l'étude de la philosophie*, E. Chiron, éditeur, p. 79: « Les conceptions philosophiques ne sont pas faites que pour le monde de la spéculation pure, car « finalement elles conditionnent ou modifient les réalités pratiques ». — Comp. également Winter: « Le rôle de la philosophie dans la découverte scientifique », in *Rev. de mét. et de mor.*, 1908, p. 911.

(2) Toutes les notions fondamentales du vocabulaire juridique, comme les fictions, les présomptions, les droits, les obligations, la rétroactivité, la bonne et la mauvaise foi... sont employées par le Code, sans jamais être définies; et cependant l'intérêt des définitions serait important. Cf. Mallieux: *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*. Paris, Giard et Brière, 1908, p. 24 et suiv.

(3) Cf. Ihering. *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, Paris, Maresq, 1878, tome III, p. 23 et 24. Dans la science du droit, comme dans toutes les autres sciences dès que l'on constate la naissance d'une idée ou d'une chose nouvelle, il faut « procéder au baptême »; car, lorsque le nom manque, même si la chose elle-même existe, il y a néanmoins présomption que la conscience nette et précise de cette chose fait défaut. « La désignation technique n'ajoute pas, il est vrai, à la clarté de l'idée ou de son contenu, mais elle la revêt d'une

Nous verrons que cette étude de la fiction de contrat est au fond une *étude de la psychologie du contractant et de la technique de la volonté juridique,* et combien M. bileté d'un mécanicien pour conduire une machine » (1). anime toute la vie juridique doit donc être soigneusement étudiée, elle a autant d'importance que le doigté d'un musicien pour animer un instrument ou que l'habileté d'un mécanicien pour conduire une machine » (1).

Ce modeste essai, que nous soumettons à la bienveillance du lecteur, nous a été inspiré par le cours de notre éminent Maître de la Faculté de Droit de Montpellier, M. le Professeur Morin, sur les Méthodes d'Interprétation de la loi et du contrat, mettant en lumière le rôle joué dans la technique juridique par les Fictions et les Présomptions (2). Et comme cette étude nous a beaucoup intéressé, c'est pour nous un devoir d'exprimer ici à M. le Professeur Morin toute notre gratitude.

Nous nous proposons d'examiner successivement la Fiction de Contrat en général et les Fictions de Contrats spéciaux.

D'abord, dans l'étude de la *Fiction de Contrat en général,* nous essayerons de construire une théorie d'ensemble, sans nous attarder trop longuement au détail des diverses applications que l'on peut rencontrer dans la vie juridique; à cet effet, nous chercherons à établir quelle place la Fiction de Contrat tient dans les diverses sources des obligations et quel rôle elle joue dans la technique juridique.

---

forme qui en simplifie infiniment l'usage. Une seule expression technique épargne l'emploi de cent mots. Les vérités, les appréciations scientifiques qui ne sont pas désignées par une expression technique, sont comme les monnaies qui n'ont pas reçu d'empreinte, elles n'entrent pas en circulation, à la chose il faut le nom ».

(1) Ribot. *Les maladies de la volonté* (pathologie), p. 149.

(2) Cours de doctorat ès sciences juridiques, années 1921-1922.

Ensuite, dans l'étude des *Fictions de contrats spéciaux,* nous examinerons quelques-unes des plus importantes et des plus caractéristiques de ces fictions que nous fournissent le Code civil, et, depuis le Code, les lois postérieures, la jurisprudence, la doctrine et toute la vie du droit.

Ce plan nous paraît s'imposer à nous pour nous permettre d'avoir un fil directeur à travers les diverses fictions de contrats que nous voulons étudier; et cependant, il peut paraître téméraire de vouloir en quelque sorte faire la synthèse avant l'analyse (1). On pourrait, en effet, objecter que l'étude des théories ne doit venir qu'après les études pratiques pour leur servir de couronnement, et que c'est de la solution des questions particulières que l'on dégage peu à peu les idées géné-

---

(1) V. Cousin a résumé très exactement le rôle respectif de ces deux procédés fondamentaux de toute méthode. « L'analyse et la synthèse, dit-il, se succèdent l'une à l'autre et sont nécessaires l'une à l'autre; elles sont la condition de la science totale. Quant à leur valeur relative, il est clair que la synthèse suppose l'analyse et que la synthèse ne vaut que par ce que vaut l'analyse qui l'a précédée. Toute synthèse qui n'a pas été précédée de l'analyse est une pure imagination; mais aussi toute analyse qui n'aspire pas à une synthèse est une science qui reste en route. Donc synthèse sans analyse, science fausse et imaginaire; analyse sans synthèse, science incomplète. Mieux vaut sans doute une science incomplète qu'une science fausse, mais ni l'une ni l'autre ne sont la vraie science ». Cité dans Lahr, *Cours de philosophie,* Paris, 1911, t. I, p. 453.

Voy. aussi Thaler, dans *Les Méthodes juridiques* (Giard et Brière, 1911), *La méthode en droit commercial,* p. 146: « ...Chaque institution exige un effort de synthèse pour être comprise, le devoir de l'homme de loi est de la ramener à une figure d'ensemble résumant ses services et le but auquel ladite institution répond, puis de classer cette figure parmi les catégories déjà établies, ou, s'il le faut, d'instituer pour elle une catégorie nouvelle. Et c'est en cela que consiste l'*art de construction,* et toute entreprise qui s'abstient d'y recourir laisse l'édifice qu'elle élève entièrement découronné. Pour employer une autre métaphore, la construction juridique est une clef de voûte qui soutient tous les arceaux, toutes les pièces de l'œuvre ».

rales, c'est-à-dire que l'on doit partir des faits pour aller aux lois juridiques.

Nous ne le méconnaissons pas et nous savons bien qu'en ces matières il est bon, en principe, d'étudier les faits en eux-mêmes, tels que la nature nous les présente, avant de les rapprocher et de formuler les rapports constants et invariables qui les relient entre eux. Et cependant, si l'on y regarde de plus près, la méthode expérimentale qui débute par l'observation et l'hypothèse (1), exige ensuite, avant l'induction définitive qui conduit à la loi, l'expérimentation.

Or, précisément, ce que nous voulons faire dans notre Première Partie, c'est en quelque sorte à la fois l'observation et l'hypothèse; il nous restera ensuite, dans notre Deuxième Partie, à expérimenter, si l'on peut dire, ces hypothèses, au moyen de quelques applications particulièrement choisies, qui les confirmeront. Et alors, de même que le savant procède par voie de généralisations successives pour aboutir à l'établissement des lois naturelles de causalité, de même nous tâcherons de condenser toutes nos solutions dans une formule définitive, afin de conclure à *une loi juridique* (2).

Ainsi, en évitant, autant que possible, de faire une étude trop fragmentaire et incomplète, d'ignorer certaines fictions importantes ou d'en méconnaître toute la portée, nous espérons pouvoir considérer les choses d'un peu haut et jeter un coup d'œil d'ensemble sur cette vaste question, car s'il est bon d'étudier *les fic-*

---

(1) Sur le rôle de l'hypothèse dans la science, cf. H. Poincaré, *La Science et l'Hypothèse*, Paris, Flammarion, 1902, et P. Delbet, *Science et Réalité*, Paris, 1916, p. 102.

(2) Sur l'établissement de la loi juridique, cf. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e édit., Paris 1919, t. II, p. 92.

tions de contrats, il est encore mieux d'étudier *la fiction de contrat.* Il est toujours préférable, en effet, d'avoir des êtres tout vivants que des collections de membres épars.

Nous diviserons donc notre étude en deux grandes parties :

La *Première Partie* sera surtout une Etude théorique de la fiction de contrat en général ;

Et la *Deuxième Partie,* une étude historique des fictions de contrats spéciaux, dans le Code civil et depuis le Code civil.

PREMIÈRE PARTIE

La Fiction de Contrat en Général

PREMIÈRE PARTIE

La Fiction de Contrat en général

Le Contrat a été considéré de tout temps comme une source d'obligations, et la fiction a joué, particulièrement en droit romain, un rôle considérable dans la technique. Aussi il est tout naturel, nous semble-t-il, dans l'étude théorique de la Fiction de contrat en général, d'examiner la fiction de contrat successivement dans les *Sources des obligations* et dans la *Technique du droit.*

CHAPITRE PREMIER

La Fiction de contrat dans les Sources des obligations

Les auteurs classiques admettent d'une façon à peu près unanime que le droit civil comprend *cinq sources distinctes d'obligations:* les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits et la loi (art. 1370 Code civil). Aujourd'hui cependant cette classification est assez sérieusement contestée et l'on critique particulièrement la notion du quasi-contrat, sur laquelle on fait d'importantes réserves.

Pour M. Planiol, il n'y aurait que *deux grandes sources d'obligations*, auxquelles toutes les autres se ramèneraient: *le Contrat* et *la Loi*. Les parties, étant libres et maîtresses d'elles-mêmes, peuvent se lier par leurs propres engagements, et, « en l'absence d'un contrat, la naissance d'une obligation ne peut avoir d'autre cause que la loi » (1). Ainsi, en dehors des obligations véritablement contractuelles, il n'existerait que des obligations purement légales qui comprendraient, outre les obligations dites légales dans la classification courante, d'autres obligations qui se ramèneraient aux notions de quasi-contrats, de délits et de quasi-délits et qu'il s'agirait d'éviter si elle est encore à l'état futur, qu'il s'agirait d'éviter si elle est encore à l'état futur, en imposant une abstention ou en ordonnant un acte positif, et de réparer si elle est déjà réalisée (2).

Suivant une théorie plus récente, d'origine allemande, il existerait une autre source d'obligations, *la déclaration unilatérale de volonté*. Ainsi, pour MM. Colin et Capitant, il faudrait, en dehors des contrats,

---

(1) Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 1917, 7e édit., n° 807, p. 252-253.

(2) Planiol, *op. cit.*, t. II, 1917, n° 807 et 829, p. 252-253 et 263-264. Comp. Planiol, « Classif. des sources des obligations », *Rev. critique*, 1904, p. 224 et suiv.

D'ailleurs, « M. Planiol défend encore les idées individualistes, fait remarquer M. Demogue, quand il prétend qu'il ne peut y avoir que deux sources d'obligations, le contrat et la loi; les obligations délictuelles, quasi-délictuelles, quasi-contractuelles n'étant que la transformation en argent d'une obligation légale préexistante inexécutée ou violée. C'est bien la conception classique: l'individu est libre, il ne dépend que de sa volonté et de la loi, seul organe de la volonté générale ». Demogue: *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, chap. VI sur « L'indépendance et l'interdépendance des individus », p. 493.

Cf. aussi Duguit, *Les Transformations.*, *op. cit.*, p. 115 et 117: « C'est la règle de nos Codes qu'en principe la situation de droit ne peut naître que d'un contrat, à moins qu'il n'y ait une disposition expresse de la loi ».

classer les sources des obligations en trois groupes : les déclarations unilatérales de volonté (gestions d'affaires, dispositions testamentaires, acceptations de successions ou de legs), les délits et quasi-délits, et la loi (notamment le paiement de l'Indû et l'Enrichissement sans cause) (1).

Pour d'autres éminents jurisconsultes, tels que MM. Saleilles, Duguit, Demogue..., il y aurait encore actuellement une source nouvelle d'obligations qui, tout en ne rentrant pas directement dans les classifications préexistantes, tiendrait à la fois du contrat, de la volonté unilatérale et de la loi. Nous voulons parler des *actes d'adhésion* et des *couventions collectives* dans lesquels M. Hauriou voit des actes réglementaires, M. Saleilles des lois collectives, M. Duguit des déclarations unilatérales de volonté, des conventions-lois ou des lois particulières, M. Demogue des lois privées, et M. Bourcart des pseudo-contrats (2).

Nous supposerons en principe connues ces diverses sources d'obligations, car notre but n'est pas de les étudier en elles-mêmes et pour elles-mêmes. S'il nous arrive cependant de les critiquer et peut-être même d'indiquer quelles sont, à notre sens, les véritables sources des obligations à l'heure actuelle, ce sera seulement dans la mesure où notre étude spéciale l'exigera, car nous examinerons la fiction de contrat dans ses rap-

---

(1) Colin et Capitant. *Cours de droit civil français*, 2e édit., Paris, Dalloz, 1919-1921, t. II, p. 269-273.

D'une façon générale, consulter sur les sources des obligations, René Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923, 1re partie « Source des obligations », 3 tomes.

(2) Hauriou. Sirey, 1908, III, p. 18, col. 3 et p. 19, col. 3.

Saleilles. *De la déclar. unil. de vol., op. cit.*, 1901, p. 230 s.

Duguit. *Les transf., op. cit.*, p. 124-127.

Demogue, *Les not. fond. du dr. privé, op. cit.*, p. 257 s.

Bourcart, note sous Cass., 4 janvier 1910, Sirey, 1911, 1, p. 521.

ports avec les diverses sources d'obligations : le contrat, le quasi-contrat, la déclaration unilatérale de volonté et la loi, en laissant d'ailleurs de côté les délits et les quasi-délits, qui ne nous paraissent avoir aucun contenu contractuel (1).

SECTION I

LE CONTRAT ET LA FICTION DE CONTRAT

La fiction de contrat étant dans son acception la plus large et la plus générale, un contrat fictif, et donc une assimilation à un contrat, nous définirons d'abord la fiction de contrat en la rapprochant du contrat. Mais, la conception du contrat ayant varié avec les âges, nous examinerons les deux principales théories, et, pour chacune d'elles, avant d'en faire l'exposé, nous en déterminerons le fondement juridique. Cela est d'autant plus important que « partout, a écrit M. Dereux, l'idée de contrat intervient, ou, du moins, l'on discute si elle doit intervenir, partout elle joue un rôle dans le vaste champ des sciences sociales » (2).

---

(1) Et cependant on s'est efforcé de trouver à la base des délits et des quasi-délits un embryon de volonté. « La vieille théorie des civilistes héritée du droit romain, range les délits et les quasi-délits parmi les causes d'obligations au même titre que les contrats; *c'est toujours la volonté qui engendre l'obligation*, la volonté conforme à la loi dans le contrat et le quasi-contrat, la volonté contraire à la loi dans le délit et le quasi-délit ». Duguit. *L'Etat, le droit objectif, la loi positive, op. cit.*, p. 221.

(2) Cf Dereux. « Etude des diverses conceptions actuelles du contrat », in *Revue critique*, 1901, p. 514.

§ 1. LA CONCEPTION TRADITIONNELLE ET INDIVIDUALISTE DU CONTRAT

La conception classique et traditionnelle du contrat est issue du dogme exclusivement contractuel des XVIII^e^ et XIX^e^ siècles, qui, par son intransigeance et son exclusivité, engendre inévitablement la fiction. Et cette fiction est une fiction de contrat, qui repose toute entière sur *la doctrine individualiste de l'autonomie de la volonté*, que les auteurs du Code ont admise comme règle fondamentale en matière de conventions.

« Il n'y a point d'engagement, disait Sieyès, s'il n'est fondé sur la volonté libre des contractants », car « les relations qui n'ont d'origine que la force sont mauvaises et illégitimes » (1). « Toute justice, déclare M. Fouillée, doit être contractuelle... C'est au contrat, c'est à la justice contractuelle que doivent aboutir logiquement, comme à leur suprême condition et à leur conciliation, les autres formes de la justice » (2). « Un droit! qu'est-ce qu'un droit? a écrit M. Faguet, ce ne peut être que le résultat d'un contrat... En dehors de là, il n'y a pas de droit du tout... Tout droit qui ne résulte pas d'un contrat... est un non sens » (3).

Tels sont les principes fondamentaux de la doctrine individualiste, pour laquelle *la volonté libre est la source et la fin de tout droit:* tout engagement, toute justice, tout droit sont considérés comme ne pouvant

---

(1) Sieyès, *Préliminaire de la constitution*, lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de la Constitution, Arch. parl., 1^re^ série, t. VIII, p. 257.

(2) M. Fouillée. *Science sociale*, 2^e^ éd., p. 47.

(3) Emile Faguet. *Le libéralisme*, Paris, 1903, p. 5-6.

être que contractuels sous peine de ne pas être du tout, et comme étant absolument justes et licites par cela seuls qu'ils sont contractuels. Le contrat est considéré comme « le moule unique de la vie sociale, le seul organe juridique de la vie économique » (1), et il faut « de gré ou de force verser tous les rapports économiques ou sociaux dans le moule du contrat » (2).

L'homme, dans le système exclusivement contractuel, ne peut être lié que par lui-même, il ne peut avoir à faire que ce qu'il a voulu. Aucune contrainte ne peut s'exercer sur lui et le forcer à l'action, aucune autorité extérieure ne peut s'imposer à lui, car ses prescriptions, par cela seul qu'elles émanent du dehors, ne peuvent être qu'arbitraires. Les individus sont, comme les Etats, égaux et indépendants, et ne sont obligés entre eux que par les traités qu'ils ont consentis (3) ; le législateur parlementaire lui-même est le simple mandataire du citoyen, chargé comme tout mandataire de faire la volonté de son mandant (4). Alors la loi disparaît et le contrat devient la seule source de droit, puisque la loi elle-même n'est qu'un contrat, en l'espèce un contrat passé entre tous les citoyens représentés par leurs mandataires. Aussi l'interprète du contrat doit-il re-

---

(1) G. Morin. *La révolte des faits contre le Code*, 1920, Paris Grasset, p. 3.

(2) G. Morin. *Ibidem*, p. 26.

(3) Cf. Kant. *Doctrine du droit*, trad. Barni, p. 33 : « Une personne ne peut être soumise à d'autres lois qu'à celles qu'elle se donne à elle-même ». Cf. aussi Duguit, résumant la doctrine individualiste, *Les transf., op. cit.*, p. 85 : « Les volontés individuelles doivent être protégées uniquement parce qu'elles sont les volontés individuelles ».

(4) Cf. Gounot, *thèse citée*, p. 36-37. « Désormais les rapports sont renversés : le souverain, ce n'est plus le roi, c'est l'individu lui-même ; lui seul a des droits, l'Etat ne possède que ceux que l'individu lui confère librement, il n'est plus qu'un simple mécanisme issu des volontés humaines et destiné à faciliter le libre jeu des libertés naturelles ».

chercher, par esprit logique de déduction du texte contractuel, ce qu'ont voulu dire les contractants et quelles ont été leurs volontés, puisque celles-ci étaient souveraines.

Cet *individualisme,* à la foie philosophique et juridique, dont Kant (1) a fourni les éléments, et que Fichte, en véritable fanatique de la construction contractuelle, a poussé à ses extrêmes conséquences, se ramène, on le sait, à deux grands principes: la souveraineté et l'autonomie des individus.

La *souveraineté*: les individus qui contractent ensemble sont souverains, c'est-à-dire indépendants les uns des autres. Ils sont sur le même pied d'égalité pour contracter et rien ne les relie à la masse de ceux qui sont les témoins et comme les spectateurs passifs de la conclusion de leur contrat, car la souveraineté est la négation de la solidarité. C'est la conception rigide de la règle « *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest* » (2), d'où résulte le rôle effacé reconnu par le Code à la stipulation et à la promesse pour autrui, et son silence sur la théorie de l'*in rem versum.*

L'*autonomie:* les parties contractantes sont autonomes, c'est-à-dire auto-indépendantes ou dépendantes

---

(1) Cf. Kant. *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit,* 1798, trad. Barni; cf. aussi: Beudant. *Le droit individuel et l'Etat,* 1891; Henry Michel. *L'idée de l'Etat,* 1896; Schatz. *L'individualisme,* 1909; Hauriou, *Droit public,* 1910, p. 540 et s.; Esmein, *Droit constitutionnel,* 1909, p. 476 et suiv., p. 988 et suiv.; Charmont, *La renaissance du droit naturel,* Paris, Masson, 1910, chap. 1 et 2; Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* Thèse, Dijon, 1912, p. 27 et suiv.

(2) L'article 1119 proclame en effet le principe de l'indépendance des individus les uns à l'égard des autres. Cf. sur la souveraineté, H. Lorin, « Idée individualiste ou idée chrétienne », in *Semaine sociale de Bordeaux,* 1909, p. 66: « Dans les unités humaines, on voyait comme de petits univers tirant d'eux-mêmes leur propre loi de gravitation et s'ignorant les uns les autres ».

vis-à-vis d'elles-mêmes. Quand elles se sont engagées, elles se trouvent tenues par un lien, *vinculum juris,* produit de leur liberté, qui s'impose au pouvoir social; elles ne peuvent le trancher à leur gré, car, si la liberté absolue préside à la conclusion du contrat, c'est-à-dire est constitutive de l'idée de souveraineté, elle est absente du principe d'autonomie. Tant que le *mutuus dissensus* ne se sera pas manifesté expressément, les parties restent enchaînées dans les chaînes qu'elles se sont elle-mêmes données, car si chacune d'elles s'est liée elle-même, c'est afin de lier sa contre-partie: l'obligation de chacune est sa prime d'assurance contre le changement de volonté possible de l'autre partie, c'est une promesse de la stabilité de la convention (1). Aussi n'est-on point surpris, — c'est une suite logique de cette idée, — que le juge ne puisse pas toucher au lien contractuel, sauf dans des cas très rares: réduction des obligations du mineur émancipé, délai de grâce, force majeure (2). C'est pour cela aussi que la théorie de la lésion tient si peu de place dans notre Code et que celle de l'imprévision en est entièrement absente.

Ce système exclusivement contractuel était l'aboutissement de tout un mouvement juridique, philosophique, sociologique et politique (3) qui a marqué son couronnement dans la Déclaration des droits de l'homme et a fait triompher la notion de contrat dans le Code. Les rédacteurs du Code étaient en effet imbus des idées du

---

(1) Cf. Morin, *La révolte des faits., op. cit.,* p. 15-16.

(2) Pour les art. 484 al. 2 et 1244 al. 2, voy. la thèse de J. Perrin sur *La réductibilité des obligations excessives,* Paris, 1903; et pour les art. 1147 et 1148 sur la force majeure, voy. la thèse de M. Brunet, Aix, 1917, sur *La guerre et les contrats.* Comp. cependant Perreau E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé,* 1923, Paris, Librairie des sciences politiques et sociales, t. II, p. 202 et suiv.: « Le contrôle des droits conventionnels ».

(3) Cf. Gounot, *thèse citée,* p. 30 et suiv.

droit intermédiaire, du contrat social de Rousseau, de la Déclaration des droits de l'homme, et de tous les monuments individualistes du XVIII[e] siècle qui avaient consacré un culte à l'*éminente dignité de la personne humaine* (1) et avaient fait de la volonté le fondement de toute obligation, la source de tout droit. Cette force, cette omnipotence de la volonté individuelle et du contrat, ce principe d'autonomie sont bien nettement formulés par le Code civil dans l'article 1184: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise ». La loi contractuelle que consacre cet article, c'est, a écrit excellemment M. Hauriou: « l'affirmation de la toute puissance de la volonté individuelle dans le contrat et par le contrat » (2).

Aussi, pour la doctrine classique, l'élément constitutif et essentiel de tout contrat (3), c'est le concours de volontés purement internes (4) et subjectives des parties, telles qu'elles ont existé dans l'âme de chacune d'elles et qui seule peut les lier, indépendamment de toute manifestation extérieure qui les socialise, paroles, écritures ou gestes. Ceux-ci sont considérés comme de simples moyens de preuve et non comme des conditions de forme.

Le contrat est uniquement cela et rien de plus. Il lie tout simplement parce qu'il est le contrat. L'homme ne

---

(1) Cf. Henry Michel, *L'idée de l'Etat, op. cit.*

(2) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 674, A propos de la situation juridique des fonctionnaires.

(3) Nous serons aussi bref que possible sur cette théorie qui a été si souvent étudiée et nous n'en dirons que l'essentiel pour ce qui peut contribuer à l'étude de la fiction.

(4) L'art. 1156 est celui qui, dans notre Code, montre le mieux, ce qu'est la volonté interne; cf. Duguit, *Les transf., op. cit.*, p. 85.

peut être obligé que s'il le veut, au moment où il le veut, et dans la mesure où il le veut; de sorte que le contrat ne peut se former si lors de l'émission de la deuxième volonté, qui est la volonté acceptante, la première volonté a été modifiée ou est éteinte pour une raison quelconque, car alors il n'y a pas eu simultanéité d'existence de l'offre et de l'acceptation (1). D'ailleurs, le concours de volontés doit être tel qu'il réalise l'accord complet sur tous les éléments essentiels de la convention (2).

Or, n'est-il pas évident, avec une telle conception du contrat, qui est en somme celle que l'on trouve enseignée partout et adoptée à peu près inconsciemment par la plupart des hommes, qu'un contrat tant soit peu complexe pourra difficilement naître? C'est si rare « de vouloir à plusieurs juste la même chose, de la même manière, sous les mêmes conditions, au même moment! » (3).

Aussi cette théorie de la volonté « ne rejoint les solutions que veut la pratique, que par un chemin compliqué: fictions, présomptions, faux raisonnements s'y enchevêtrent à plaisir » (4) car, pour faciliter la conclusion des contrats, elle est obligée d'admettre des tempéraments importants.

Tout d'abord, *le contrat peut reposer sur une volonté tacite ou implicite, c'est-à-dire existante, quoique non exprimée,* et tout se passera comme si le contrat avait véritablement existé (5). Ainsi la volonté de l'acte en-

---

(1) Cf. Demolombe, *Traité,* t. XXIV, n° 45 s., 62, 69, 70; cf. aussi Larombière, *Obligation,* t. I, chapitre I, n° 2 et 9.

(2) Cf. Troply *Vente,* t. I, n° 151; Aubry et Rau, t. V, § 349, p. 14 et 18; Planiol, II, 4e éd., n° 1378.

(3) Cf. Dereux, « Et. des div. concep. act. du contrat », in *Rev. crit.,* 1901, p. 517.

(4) Cf. Dereux, *ibidem,* p. 519.

(5) Sur la philosophie du « comme si », voy. H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als ob,* 3 A, Berlin, 1913.

traîne la volonté de l'effet et les parties sont censées avoir voulu toutes les conséquences de la convention qu'elles ont conclue. La fiction de contrat se trouve édifiée à l'aide d'une présomption de volonté.

Il y a plus. *Le contrat repose souvent sur « une volonté supposée qui est contraire à ce qu'aurait été la volonté réelle d'une des parties, au moins si elle avait existé* » (1). Et ceci n'a rien de surprenant car en général il n'a pas existé de commune intention, et dans tout contrat les intérêts en présence sont, en principe, antagonistes et contradictoires.

Enfin, la théorie classique est même obligée d'aller encore bien plus loin et elle suppose souvent « *une volonté fictive contraire à une volonté même réelle et clairement manifestée* » (2). Et M. Dereux cite comme exemples: le traité de paix qu'est obligée de subir la nation vaincue, la convention de reprise de travail à laquelle doit se soumettre la partie, patron ou ouvrier, qui a été contrainte de céder; et la vente sur saisie, pour l'acheteur à qui on reconnaît des droits contractuels sur l'objet qu'il acquiert.

On voit par ces diverses hypothèses « la part énorme que fait à la fiction la doctrine classique qui met à la base du contrat la volonté des parties » (3) et l'importance considérable des tempéraments qu'elle admet et qui en réalité la contredisent. « A côté d'une quantité infime — si l'on ose parler ici de quantité, — à côté d'une quantité infime de volonté réelle, elle fait supposer une quantité énorme de volonté en fait absente; et cette importance donnée à la supposition, c'est précisément le vice de la théorie classique; elle oblige le

---

(1) Cf. Dereux, in *Revue précitée*, p. 522.
(2) Cf. Dereux, *ibid.*, p. 519.
(3) Cf. Dereux, *ibidem*, p. 523.

juge à construire dans son esprit comme une sorte de monde imaginaire et à rendre, d'après cette image, des décisions exécutoires dans le monde réel; procédé compliqué à coup sûr et peut-être dangereux... » (1).

En tout cas, s'il peut être utile parfois d'admettre des volontés tacites, auxquelles il n'a manqué que la manifestation extérieure, il est particulièrement dangereux de créer de toutes pièces des volontés qui n'ont jamais existé et n'auraient pas pu exister. En effet, les théories fausses répétées finissent par s'accréditer dans le public et, quoique paraissant inoffensives au début, surtout quand elles sont encore peu répandues et peu employées, elles tendent à la longue, d'une façon à peu près inconsciente, à déformer l'esprit et à constituer une sorte de tempérament intellectuel méconnaissant les données immédiates les plus certaines de la réalité. Rien en effet n'est plus fâcheux que les doctrines qui s'ignorent.

Et les répercussions de ce dogme ont été considérables. On a voulu voir partout des contrats: dans les situations contractuelles, on a considéré comme des contrats les éléments non contractuels qu'elles renfermaient; bien plus, exaltant à l'excès l'idée de contrat, on a considéré comme fondées de toutes pièces sur de véritables contrats des situations qui n'étaient nullement contractuelles. Dans tout rapport de droit on a cherché à découvrir quelque volonté cachée, quelque apparence de contrat et on a expliqué tout par des contrats: la société civile, la loi, la famille, la propriété individuelle, les droits personnels et les obligations, le droit pénal, les voies d'exécution forcée, la succession testamentaire... Une seule exception a été faite au contrat et au dominium dans lequel se résument les droits

(1) Cf. Dereux, in *Revue précitée*, p. 520.

absolus de l'individu : « La volonté peut être obligée en dehors d'un contrat, quand une certaine faute a été commise » (1).

Dans ce système classique, a écrit M. Dereux, « le contrat sera la source par excellence des obligations sur laquelle on s'étendra avec complaisance, tandis qu'on glissera rapidement sur les autres sources, avec une sorte de honte qu'elles existent et que tout ne se ramène pas au type si parfait du contrat. Le contrat ! Plus de deux cent cinquante articles du Code seront consacrés rien qu'à sa théorie générale tandis que dix-sept paraîtront largement suffisants pour celles des autres manières de s'obliger, et à ces dix-sept articles succèderont des centaines d'autres encore consacrés aux contrats » (2). Désormais, avec une telle conception, a affirmé aussi M. Hauriou, « non seulement tout pourra s'acheter et se vendre, mais tout pourra être pris en location, tout mode d'exploitation des terres et tout mode de travail ne seront plus qu'un contrat de bail, un contrat de louage ou un contrat industriel de travail en attendant que le lien du mariage, lui-même, ne soit plus qu'un lien contractuel, *c'est le débordement du contrat* » (3).

Et qu'on le remarque bien d'ailleurs, *ce débordement du contrat se produit au double point de vue quantitatif et qualitatif :* « L'évolution n'a pas eu pour résultat unique d'étendre à l'infini le domaine des conventions humaines, *c'est la notion même de contrat qu'elle a radicalement transformée* » (4). Cette notion du contrat ne pouvait pas ne pas subir le contre coup de la multi-

---

(1) Cf. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 2e éd., Paris, Alcan, 1920, p. 19.

(2) Cf. Dereux, *thèse citée*, p. 312.

(3) Cf. Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 203.

(4) Cf. Gounot, *thèse citée*, p. 43.

plication des conventions ; en effet, en considérant, d'une part, le contrat comme « la seule figure juridique des rapports entre les hommes » (1), et, d'autre part, en faisant rentrer coûte que coûte dans le vieux cadre étroit du contrat (2) tous les actes juridiques quels qu'ils soient, toutes les formes juridiques nouvelles, on allait certainement beaucoup trop loin, on exagérait, on dilatait en quelque sorte, si l'on peut dire, le contenu du contrat, qui, à devenir trop compréhensif, finissait par ne plus être lui-même, se trouvait d'abord modifié dans sa nature intime, et finalement éclatait, comme une vessie trop gonflée, ayant atteint sa limite d'élasticité, finit aussi par éclater sous la pression trop grande de l'air qu'on lui insuffle en quantité excessive.

Nous croyons donc que c'est forcer l'idée de contrat que de vouloir faire enfermer dans le cadre contractuel des rapports qui ne constituent pas nécessairement, pour tout ou pour partie, des contrats. C'est exagérer le rôle du contrat dans les rapports sociaux au point de les analyser tous en des contrats, — et cela même quand la loi n'a pas prononcé le mot de contrat et quand la réalité des faits semble opposer des résistances assez sérieuses et se rebeller contre les formules dans lesquelles on veut l'emprisonner, — par une assimilation souvent excessive de la situation nouvelle à celles similaires en apparence qui sont régies par des règles contractuelles. Et si l'on a pu dire au XVIII^e^ et au XIX^e^ siècles qu'il y avait tout de même contrat, nous nous croyons aujourd'hui autorisés à affirmer avec beaucoup de vraisemblance et même de certitude, qu'il y avait absence de vrai contrat, ou si du moins parfois il y avait quelque chose qui ressemblât au contrat, qui en

(1) Cf. Morin, *La révolte des faits, op. cit.*, p. 26.
(2) Cf. Duguit, *Les transf., op. cit.*, p. 115 et 120.

eût l'apparence, qu'il y avait contrat fictif ou fiction de contrat.

Il nous semble donc assez bien établi que si l'on n'admet en dehors de la loi qu'une seule source d'obligations, le contrat, toutes les obligations devront être jetées dans le moule du contrat, sous peine de ne pas être, dûssent-elles en sortir déformées et ne présenter, dans la réalité, avec le contrat, qu'un air vague de ressemblance. « Le contrat naît bien souvent en dehors de l'accord des volontés et la théorie classique ne se soutient que par un perpétuel appel à la fiction... ; aussi malgré les efforts de tant de commentateurs, malgré les fictions et les présomptions qu'ils ont accumulées pour maintenir l'union étroite de la volonté et du contrat, il nous paraît impossible de nier une sorte de divorce entre eux » (1). Un abîme les sépare souvent et c'est en vain qu'on essaye de le dissimuler en le recouvrant du voile de la fiction.

§ 2. LA CONCEPTION NOUVELLE ET SOCIALE DU CONTRAT

La conception nouvelle du contrat repose encore, dans une certaine mesure, sur une fiction de contrat, car tout le contenu du contrat n'est pas l'œuvre des parties. *Elle diffère de la conception traditionnelle parce qu'elle est essentiellement sociale: à l'homme isolé elle substitue l'homme vivant en société* (2), dépendant par conséquent de ses semblables, sur lesquels ses actes juridiques peuvent avoir des répercussions. Aussi exige-t-elle

---

(1) Cf. Dereux, *Rev. crit.* précitée, 1901, p. 525.

(2) Comp. G. Morin, « Le crédit », II « Le contrat », in *La vie juridique du français, introd. à l'étude philosophique et pratique du droit,* Paris, Rousseau, 1909, p. 22.

que, dans la vie juridique, le contractant ne puisse satisfaire son utilité privée qu'il recherche, qu'à la condition qu'elle ne porte pas atteinte à l'*utilité sociale*, celle-ci étant considérée comme la fin véritable de l'activité individuelle contractante.

Dans le régime exclusivement contractuel, la liberté et l'égalité des parties reposent sur le principe abstrait de leur absolue indépendance entre elles, car si elles étaient dépendantes les unes des autres, elles ne seraient plus libres: il faut qu'elles soient souveraines Mais l'évolution contemporaine des faits (1) ne vient pas confirmer cette conception purement subjective de la liberté contractuelle: *le droit a une tendance générale très marquée à devenir de plus en plus objectif et social, c'est-à-dire au fond plus réaliste.*

D'une façon générale, cette évolution du droit est caractéristique de la transformation qui s'opère dans son fondement même et tend à substituer le groupe à l'individu. Comme l'a si bien dit M. Deslandres, « la cellule sociale cesse d'être l'individu pour devenir le groupe social » (2). *Un droit social* (3) *tend, dans une certaine mesure, à supplanter un droit trop exclusivement individualiste:* l'individu, moins dépendant de lui-même, devient plus dépendant de ses semblables, sous la poussée des forces économiques, par suite en particulier de la substitution de la grande production à la petite. *Une sorte de déterminisme social* préside de plus en plus à la constitution des contrats et fait que

---

(1) Cf. Saleilles, « L'évolution du droit et de l'économie politique vers l'observation sociale », in *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse, Rev. de l'Enseign.*, 1902, t. II, p. 1.

Cf. aussi Demogue, *op. cit.*, p. 88, et Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, p. 63.

juridiques, p. 9.

(2) M. Deslandres, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 237.

(3) Cf. Larnaude, « La méthode en droit public », dans *Les méthodes*

les parties sont soumises à des influences extérieures qui portent atteinte à leur liberté; nous disons une sorte de déterminisme social, car nous ne pensons pas à un déterminisme rigoureusement scientifique dans le monde des faits sociaux, qui serait la conséquence du déterminisme individuel de l'homme (1).

Ce déterminisme se révèle sous la forme de la *solidarité* (2), simple fait biologique qui a pris une signification morale (3), qui s'affirme de plus en plus dans la vie économique actuelle, et montre les individus dépendants les uns des autres. Tous les hommes en effet, à quelque groupe qu'ils appartiennent, ne peuvent rester isolés, ils sont unis entre eux par les liens d'une double solidarité, dont M. Durkheim a le premier déterminé la nature intime (4) : la solidarité par similitudes, qu'il appelle mécanique et la solidarité par division du travail ou solidarité organique. Cette interdépendance réciproque des individus provient de l'identité de certains besoins qu'ils ne peuvent satisfaire que par la vie commune, c'est-à-dire par la formation de groupements et d'unions de groupements, c'est *la solidarité par similitudes;* et de la différence de certains autres besoins dont ils assurent la satisfaction, grâce à la spé-

---

(1) Cons. sur le déterminisme social, Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 6e édit., Alcan, 1912.

(2) Cons. sur la solidarité: Bouglé, « L'évolution du solidarisme », in *Rev. pol. et parlem.*, mars 1903, et *Le solidarisme*, 1907; Darlu « Solidarité et morale personnelle », dans *Essais d'une philosophie de la solidarité*, Paris, 1902, p. 125; Paul Bureau, *La crise morale des temps nouveaux*, p. 324 et suiv.; Boutroux, *Rôle de l'idée de solidarité*, p. 280; M. X. Léon, *Fondement rationnel de la solidarité*, p. 251.

(3) Cf. Darlu, « Classification des idées morales du temps présent », *Morale sociale*, p. 17 et 23.

(4) Cf. E. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, 1893, 2e édit., 1903, et notam. liv. I, p. 49-255; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 23 et suiv. et p. 80-81, et *Traité de dr. const.*, Paris, 1911, t. I, p. 15 (n° 6); Adde, *ibid.*, p. 15-16 (n° 6).

cialisation de leurs fonctions et de leurs aptitudes différentes, par l'échange de leurs services réciproques, phénomène juridique qui prend la forme du contrat, et c'est la *solidarité par division du travail.*

Le contrat réduit à ses propres forces individualistes est donc impuissant à servir de support à toute la vie économique, car les groupements ne peuvent être coulés dans son moule juridique. « Ce serait mettre les groupements à la merci de la volonté arbitraire de leurs membres. Ils postulent la conception juridique de l'organisme dont les membres, c'est-à-dire tous les similaires, doivent obéir à son idée directrice, à sa fonction, à son but » (1).

Or, n'est-il pas évident que cette notion de solidarité, basée au fond sur le fait concret et objectif de *la naturelle interdépendance des hommes* (2), va tout à fait à l'encontre du grand principe classique subjectif en vertu duquel nul ne peut, sans l'avoir voulu, et par le seul fait d'autrui, se trouver obligé ou acquérir un droit? Le Code civil, en effet, professe le respect de la sphère de souveraineté de chacun et n'admet qu'exceptionnellement, comme par force, et malgré lui, que celui qui n'a manifesté ni expressément ni tacitement sa volonté puisse se trouver obligé (3). Mais la notion d'interdépendance tend néanmoins à pénétrer de plus en plus dans le droit et si elle n'est pas conforme à l'idée classique de *sécurité statique,* elle s'accorde avec les transformations sociales qui répondent à la notion de *sécu-*

---

(1) G. Morin, *La rév. des faits., op. cit.,* p. 217-218.

(2) Cf. Duguit, « On a fait depuis quelques années un abus si étrange de ce beau mot de solidarité que j'hésite maintenant à l'employer. Il n'y a pas de politicien de village qui ne parle de la solidarité sociale, sans comprendre au reste la portée de ces mots Aussi je préfère dire l'interdépendance sociale ». *Le droit social, le droit individuel., op. cit.,* p. 8; *Ib., Les transformations., op. cit.,* p. 26.

(3) Cf. les articles 555, 1437, 1673, 1241, 1296 et 1312 du Code civil.

rité dynamique; or la vie est faite de mouvement et non d'immobilité (1).

Dans la profession, le Code de l'individu tend à faire de plus en plus place au Code des groupements. La loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 prohibant les associations professionnelles, les articles 414, 415 et 416 du Code pénal de 1810 interdisant les coalitions, et les articles 291 et 292 du même Code prohibant les associations de plus de vingt personnes, ont été abrogés, dans le fait d'abord, et dans le droit ensuite par les lois fameuses des 25 mai 1864, 21 mars 1884, 12 mars 1920 et 1er juillet 1901, autorisant les coalitions, les syndicats professionnels et toutes les associations généralement quelconques, les congrégations seules exceptées.

Dans le patrimoine, des transformations non moins considérables ont été opérées.

L'article 1119 prononçant l'interdiction des stipulations pour autrui est devenu lettre morte, grâce à la jurisprudence qui a donné une extension considérable à l'article 1121 qui ne prévoyait que deux exceptions tout à fait limitatives et grâce à la pratique qui a eu souvent recours à l'artifice de la clause pénale.

La théorie de l'*in rem versum* sanctionnant le grand principe de l'enrichissement injuste au détriment d'autrui n'est autre chose qu'une atténuation aux anciens principes d'indépendance des individus (2).

Le déplacement du fondement de la responsabilité qui de subjectif tend à devenir objectif, l'idée de risque succédant à l'idée de faute, est encore caractéristique de ce mouvement (3).

La notion de propriété elle-même change et le pro-

---

(1) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 485 et suiv.

(2) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 486 et suiv.

(3) Cf. Duguit, *Les transf., op. cit.*, p. 32 et suiv.; Charmont, *Les transf. du droit civil*, Colin, 1912, p. 233 et suiv.

priétaire, par suite des restrictions sans cesse plus nombreuses apportées à la conception quiritaire de 1804 d'une part (1) et par suite aussi d'un mouvement doctrinal très important, mettant en relief la notion de fonction sociale et la théorie de l'abus du droit, tend à être considéré moins comme ayant un droit absolu et subjectif que comme remplissant un rôle dans la société (2).

Enfin, et ce n'est pas une des moindres, la conception même de la liberté se modifie. Elle aussi n'est plus envisagée exclusivement comme engendrant un droit individuel et personnel, mais davantage comme la conséquence de l'obligation qui s'impose à tout homme, de développer son individualité dans un but d'intérêt général (3). La liberté prend ainsi un caractère social.

Les notions d'institution et de fonction sociale pénètrent de plus en plus et le droit du patrimoine et le droit de famille, et même le droit public, et il n'est pas jusqu'au citoyen lui-même qui ne soit parfois considéré comme un vrai fonctionnaire public (4).

Ainsi, la conception individualiste, née dans un milieu économique et social bien différents du nôtre, ne correspond donc plus exactement aux faits et aux idées de notre époque. Et si l'homme se trouve obligé sans l'avoir voulu et par le seul fait des liens sociaux qui l'unissent à ses semblables et le font dépendant d'eux, n'est-il pas vrai qu'il subit en quelque sorte les effets d'un contrat qui s'est formé sans son concours, ou plutôt que tout se passe comme s'il avait contracté, alors

---

(1) Cf. Duguit, *Les transf., op. cit.*, p. 201; cf. aussi Charmont, *Les transf., op. cit.*, p. 200-232.

(2) Cf. Duguit, *Les transf., op. cit.*, p. 147 s.

(3) Cf. Duguit, *ibid.*, p. 231.

(4) Cf. Auguste Comte, *Système de politique positive de* 1850, édit. 1892, I, p. 156.

qu'il n'en est rien. La liberté des parties cessant, il en résulte une diminution du rôle du contrat dans les rapports sociaux, il n'y a plus contrat que dans les apparences, c'est-à-dire il y a fiction de contrat, car, en vérité, le contrat est réellement absent.

Cette interdépendance des individus se manifeste sous une forme des plus importantes qui est l'*utilité sociale*. On refuse de ne voir dans le contrat que le concours de deux volontés libres quelconques, sans nul égard aux exigences impératives, permanentes ou changeantes du milieu social (1) ; on tend à considérer moins les sujets contractants que l'*objet même* du contrat et les répercussions qu'aura la convention sur les tiers et la société. Ainsi, au contrat conclu en toute liberté par deux parties, se substitue un contrat où on se préoccupera moins de la parfaite coïncidence des volontés, pour rechercher davantage l'équivalence des prestations et l'utilité sociale. La convention ne sera pas juste, parce qu'elle aura été librement voulue, mais surtout parce qu'elle sera conforme à la justice objective.

Cette tendance à faire prédominer les considérations positives a son origine dans les *doctrines allemandes de la déclaration de la volonté*, pour lesquelles la volonté purement intérieure n'est qu'un fait étranger au contrat ; l'élément constitutif du contrat, « ce n'est pas la simple coïncidence de deux volontés, c'est-à-dire de deux faits individuels, c'est la coïncidence de deux déclarations de volontés, de deux faits sociaux, de deux faits qui sont chacun connaissables pour tout le monde et qui par suite ont chance, quand on les invoquera, de ne surprendre personne », et même plus exactement

(1) Cf. G. Tarde, *Les transformations du droit*, Alcan, Paris, 1893, p. 113 s.

ce qui est à la base du contrat c'est moins une déclaration de volonté à proprement parler qu'une déclaration d'engagement » (1). Sans doute, au fond, une déclaration volontaire ne se comprend pas si elle ne déclare quelque chose et si le déclarant ne sait ce qu'il déclare : et quand on veut essayer de préciser cette théorie de la déclaration de volonté, on s'aperçoit vite qu'elle ressemble fort à la théorie de la volonté, car elle est obligée d'admettre des tempéraments qui lui font perdre de son absolu, et elle se rapproche ainsi de sa rivale. Mais, ce qu'il y a d'important dans cette doctrine, c'est que dans son principe, elle s'éloigne de la conception classique de l'autonomie de la volonté ; « ce qui domine dans toutes ces tentatives, a pu écrire M. Meynial, c'est qu'elles ont pour but et pour résultat de restreindre dans une mesure plus ou moins grande l'indépendance, l'autonomie de l'individu. Autrefois l'individu est tout dans le contrat ; c'est lui qui doit y suffire. Désormais, au contraire, on s'efforce de le montrer incapable » (2).

Ce n'est d'ailleurs pas que les théories allemandes qui, dans un but de protection des faibles et des déshérités, font prévaloir des considérations franchement sociales contre la prédominance exclusive de la volonté souveraine. Ces nouvelles tendances sont aujourd'hui celles de nombreux juristes ; elles caractérisent la réac-

---

(1) Dereux, thèse citée, p. 528-530, et « Etude des diverses conceptions actuelles du contrat », in *Rev. crit.*, 1901, n. s., t. XXX, p. 515 à 535 et 1902, n. s., t. XXXI, p. 116-118 et 121-122.

Cons. aussi R. Saleilles, *De la déclar. de vol.*, Paris 1901, *op. cit.*, notamment la préface ; et sur cet ouvrage le compte rendu de Fr. Gény, in *Annales de droit commercial*, 1901, t. XV, 1re partie, p. 335 *in fine*.

Cf. aussi Fr. Gény, *Sc. et technique, op. cit.*, t. III, n° 204, p. 104.

(2) Meynial, *Rev. trim. de dr. civil*, 1902 « La déclaration de vol. », p. 556. Comp. Fortier, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, 1909, thèse Dijon, *passim*.

tion contre l'individualisme inorganique de la Révolution française, et résultent de la prise en considération du milieu dans lequel s'exerce la volonté, au lieu de n'envisager celle-ci qu'en elle-même, *in abstracto*.

D'une part, on s'éloigne de la conception purement idéale sur la nécessité de la plénitude et de la parfaite coïncidence des volontés pour l'existence même du contrat. On considère la théorie classique comme trop rigide et on veut l'assouplir, en complétant l'élément psychologique par d'autres éléments tirés d'une réalité plus large. Pour M. Gény, quand il y a des sortes « d'ententes imparfaites et incomplètes sur les points essentiels agités entre deux personnes, bien qu'en théorie pure elles ne doivent établir aucun lien de droit, elles seront traitées à l'égal d'un contrat véritable... Bien plus, on peut en venir à se demander si, dans les faits, la coïncidence des volontés est jamais exacte, car l'analyse de la formation du contrat, toute dominée qu'elle soit par la notion psychologique du consentement, doit traiter en quelque sorte cette notion à travers le prisme de la vie sociale... Le problème ne pourra plus se résoudre non plus seulement par la psychologie individuelle, mais bien plus encore par la psychologie sociale » (1).

M. Demogue (2) déclare qu'il est puéril et dangereux de rechercher à quel instant existe le concours de volontés, qui parfois n'a jamais existé véritablement. Et Kant, estimant qu'il était presque impossible d'obtenir une parfaite simultanéité de volontés, avait même écrit qu'elles sont « toujours nécessairement successives », car les déclarations de ces volontés se succèdent toujours dans le temps, et « quand l'une a lieu, l'autre ou bien

---

(1) Fr. Gény, *Mét. d'int., op. cit.*, p. 532 et suiv.; c'est, dit-il, le sens de l'objectivation des phénomènes de volonté.

(2) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 263.

n'est pas encore, ou bien n'est déjà plus » (1). M. Tarde, allant encore plus loin, s'est demandé comment les volontés pourraient se lier définitivement, puisqu'elles sont essentiellement changeantes et souvent ne veulent plus demain ce qu'elles ont voulu aujourd'hui (2).

D'autre part, et parallèlement en quelque sorte, on recherche davantage l'équilibre des prestations, en accord avec les exigences de l'utilité sociale.

Pour asseoir solidement la solidarité contractuelle, « il suffit, a écrit M. Durkheim, que les contrats soient librement consentis » (3), mais pour déterminer ce qui constitue le libre consentement, il se base sur ce qu'il appelle « *la valeur sociale* » *des objets échangés,* et déclare que « le contrat n'est pleinement consenti que si les services échangés ont une *valeur sociale équivalente* ». Dans ces conditions, en effet, ajoute-t-il, « chacun reçoit la chose qu'il désire et livre celle qu'il donne en retour pour ce que l'une et l'autre valent. Cet équilibre des volontés, que constate et consacre le contrat, se produit donc et se maintient de soi-même, puisqu'il n'est qu'une conséquence et une autre forme de l'équilibre même des choses » (4).

Ainsi M. Durkheim considère le consentement comme

---

(1) Cf. Kant, *Doctrine du droit,* trad. Barni, p. 105.

(2) Cf. Tarde, *Les transformations du droit,* Alcan, p. 121: « Au moment où l'on dit que ma propre volonté m'oblige, cette volonté n'est plus; elle m'est devenue étrangère, en sorte que c'est exactement comme si je recevais un ordre d'autrui. Recevoir du paterfamilias, du consul, d'un ministre, d'un garde-champêtre, un ordre qui me déplaît, ou recevoir de mon moi passé un ordre qui ne me déplaît pas moins, où est la différence en ce qui concerne mon intérêt actuel? Mon vouloir passé qui n'est plus, mais qui pourtant s'impose à moi et qu'on peut m'opposer, est comparable à la volonté des aïeux qui dirige les vivants ».

(3) Emile Durkheim, *De la division du travail social,* thèse de lettres, Paris, 1893, 1re édit., p. 428.

(4) E. Durkheim, *ibidem,* p. 429.

juste quand les valeurs échangées se font contrepoids, et conclut à la lésion d'un côté ou de l'autre quand une force extérieure a été jetée dans la balance, faisant subir une pression directe ou indirecte à l'une des parties (1). « Un simple état du sujet, écrit-il, ne saurait engendrer à lui seul ce pouvoir de lier qui est inhérent aux conventions; du moins, pour que le consentement ait cette vertu, il faut qu'il repose lui-même sur un fondement objectif. La condition nécessaire et suffisante pour que cette équivalence soit la règle des contrats, c'est que les contractants soient placés dans des conditions extérieures égales » (2).

Et cette préoccupation de l'équivalence des prestations échangées n'est pas celle que de M. Durkheim; on connaît l'importance attribuée par Ihering à la théorie des équivalents, par M. Tarde à l'équation des valeurs et par M. Gény à l'équilibre des intérêts en présence (3), ainsi que les nombreuses études qui ont été consacrées à la théorie de la lésion.

En même temps, *la notion d'utilité sociale* pénètre de plus en plus le droit et le contrat; la société elle-même tend à être considérée comme une véritable partie intéressée au contrat (4) qui, dorénavant, n'apparaît plus comme synallagmatique, mais comme tripartite, car il devient de plus en plus difficile de méconnaître « le caractère propre de la manifestation individuelle de l'activité collective qu'est en réalité le contrat » (5).

---

(1) E. Durkheim, *ibidem*, p. 429.

(2) E. Durkheim, *ibidem*, p. 429-430.

(3) Cf. Ihering, *Esprit du dr. rom., op. cit.*, t. IV, n° 69, et *Der Zweckim Recht*, t. III, 3e éd., 1893, p. 8, et p. 433-512. — Tarde, *Les transf. du droit, op. cit.*, p. 136. — Gény, *Méthodes d'interpr., op. cit.*, p. 528 et suiv.; *Science et technique, op. cit.*, t. I, p. 50 et suiv.

(4) Cf. Gounot, thèse précitée, p. 435.

(5) Cf. Gerlier, *Des stipulations usuraires dans le contrat de travail*, thèse Paris, 1907, p. 56.

Pour M. Duguit (1), la volonté individuelle ne produit d'effet juridique qu'à la condition de répondre à un but de solidarité sociale; le concours de deux volontés est par lui-même insuffisant à constituer un contrat, s'il n'est conforme à la volonté collective de la société, et il se forme alors une obligation délictuelle ou quasi-délictuelle.

M. Saleilles a écrit que le contrat n'est plus « l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice du droit, mais le procédé d'adaptation des efforts communs pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques. Aussi, est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part que ce contrat doit être interprété et appliqué » (2) M. Tarde (3) considère aussi que le contrat naît fréquemment sans qu'il y ait eu concours réel de volontés, car la véritable source des obligations soi-disant contractuelles ce n'est pas le concours de volontés individuelles, mais l'utilité sociale. Le contrat n'existe pas par le seul fait de la « rencontre métaphysiquement incontestable » (4) de deux volontés et à l'instant solennel où elle a lieu, si ces volontés ne se sont pas rapprochées suffisamment pour engendrer une confiance réciproque que l'on ne pourrait tromper sans compromettre la sécurité normale du commerce juridique. Et cette notion de la *confiance légitime* a été poussée très loin par M. Emmanuel Lévy: « Le contrat, a-t-il écrit, n'est pas une cause, c'est une catégorie. Il y a contrat toutes les fois qu'on est obligé sans loi spéciale, sans préjudice, ni enrichissement... En

---

(1) Pour L. Duguit, voy. *L'État, le droit objectif..., le droit social..., les transf..., op. cit.*

(2) Cf. Saleilles, *La décl. de vol., op. cit.*, p. 228.

(3) Cf. Tarde, *Les transformations du droit, op. cit., passim.*

(4) Gény, *Méth. d'int., op. cit.*, p. 532.

vain on situe le génie du contrat dans une volonté qui n'ajoute ni n'enlève rien à l'activité, qui n'est que l'expression intellectuelle... La question posée au juge n'est pas: si le défendeur veut son droit, mais si le demandeur a un droit, une prétention conforme aux croyances sanctionnées, s'il y a, au moment de l'instance, confiance légitime trompée. En somme, il s'agit toujours de croyances qui s'élaborent autour de situations... » Et le contrat serait « le rapport de confiance légitime que crée l'activité (ou volonté) formulée ou non formulée » (1).

Comme on le voit, il y a ceci de commun entre ces diverses doctrines nouvelles, malgré les différences qui peuvent les séparer, que la conception traditionnelle du contrat tend « à perdre de sa suprématie et de son monopole » (2). Et si, d'une part, le concours de volontés se trouve rarement parfait et complet et donc est impuissant à former à lui seul le contrat, et si d'autre part le principe de l'autonomie de la volonté appelle des restrictions importantes, à la fois du point de vue privé (rapports de confiance légitime), et du point de vue social (respect de la société), n'est-il pas juste d'affirmer que le contenu du contrat n'est plus celui de la doctrine classique et qu'il constitue par rapport à celle-ci une fiction de contrat? La fiction entre et s'installe dans le contrat traditionnel dans la mesure où celui-ci est obligé de tenir compte du droit objectif qui est fait d'intérêt général et d'utilité sociale, et dans la mesure

(1) E. Lévy, « La confiance légitime », in *Rev. trim.*, 1910, p. 719-720; Sur la confiance légitime, voy. aussi: Boistel, *Phil. du droit*, t. I, p. 422, et Béline, *Phil. du droit*, t. II, p. 424.

(2) Cf. Saleilles, dans sa Préface à l'ouvrage de Fr. Gény, *Méthodes d'interpr., op. cit.*, p. II, 1899.

où des considérations extrinsèques et positives constituent comme le contenu d'office des contrats.

Et cependant l'étendue de la fiction n'est pas aussi grande que l'on pourrait le croire d'après les doctrines que nous venons de rappeler. Nous ne pensons pas du tout que la volonté contractuelle ne soit qu'une étiquette, une idole, un écho, un reflet des croyances et des représentations collectives, comme l'a prétendu M. Lévy (1), poussant beaucoup trop loin sa critique de la doctrine traditionnelle, et qu'il y ait lieu de supprimer tout rapport de l'idée de contrat avec l'idée de volonté. Nous croyons plus volontiers que la force obligatoire des conventions dérive à la fois de l'accord des volontés et de l'utilité sociale, « la société ne pouvant directement faire sienne une convention qui lui est directement contraire » (2). Nous n'avons pas dit et nous ne pensons pas que le contrat, source d'obligations, disparaisse ou doive disparaître absolument de la vie juridique (3), nous croyons seulement que la notion juridique sur laquelle il repose se modifie et même qu'il apparaît désormais sous un jour moins individualiste et plus social. Mais sous cette nouvelle forme et avec ces restrictions, le contrat nous semble devoir résister encore longtemps à toutes les atteintes qui auraient pour but de le bannir à tout jamais de la vie économique et sociale. Il est simplement le concours de deux ou plu-

---

(1) Cf. E. Lévy, *Rev. socialiste*, 1911, p. 242; *Rev. de mét. et de mor.*, 1911, p. 414; *Rev. trim.*, 1910, p. 270.

(2) M. Dijol, *La nullité des contrats lésionnaires*, thèse Montpellier, 1918, p. 40.

(3) Comp. E. Durkheim, *De la div. du tr. soc., op. cit.*, p. 427, à propos de ce qu'il appelle *la solidarité contractuelle:* « Sans doute, il est faux de croire que toutes les relations sociales puissent se ramener au contrat, d'autant plus que le contrat suppose autre chose que lui-même; il y a cependant des liens spéciaux qui ont leur origine dans la volonté des individus ».

sieurs volontés individuelles en accord, en collaboration même si l'on veut, avec la grande volonté collective qu'est l'utilité sociale.

***

Tels nous paraissent être les rapports qui existent entre la fiction de contrat et le contrat lui-même et dans la conception individualiste de 1804 et dans les conceptions sociales d'aujourd'hui.

La fiction classique de contrat est le résultat d'une conception philosophique d'école qui, envisageant toutes choses *in abstracto*, pose comme fondamentale l'idée de contrat, et, par voie de déduction logique, veut absolument l'appliquer à toutes les sources d'obligations existantes. Cette conception toute à priori et statique est non seulement inutile mais fausse et souvent dangereuse, car elle étend à l'excès le domaine du contrat en considérant comme contractuelles des situations qui ne le sont pas, d'où la fiction.

La fiction nouvelle de contrat est le résultat d'une conception basée sur la réalité, envisageant toutes choses *in concreto*, et partant de l'observation des faits eux-mêmes pour aboutir, par voie d'induction, à une formule traduisant l'orientation du commerce et de la vie juridiques actuelles. Cette conception, toute à posteriori et dynamique (1), émanant en quelque sorte directement de la réalité où le domaine du contrat paraît se restreindre, a tendance à méconnaître l'élément contractuel et à diminuer trop considérablement le contrat qui,

(1) Sur le rôle dyamique de la fiction de droit en général, voy. R. Demogue, *op. cit.*, p. 243.

dans la mesure où il se rétrécit, ne subsiste plus qu'à l'état de fiction.

Bref, les deux catégories de fictions de contrats qui sont le produit de l'application à la discipline juridique de deux méthodes opposées, la méthode des sciences mathématiques et la méthode des sciences physiques et naturelles, diffèrent par tout ce qui sépare ces méthodes: le procédé déductif allant des concepts aux faits, et le procédé inductif qui part des réalités concrètes pour remonter à la loi générale.

SECTION II

LE QUASI-CONTRAT ET LA FICTION DE CONTRAT

L'article 1371 du Code civil définit les quasi-contrats (1) « des faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». Et l'art. 1370 relatif à tous les engagements qui se forment sans convention permet d'ajouter que les quasi-contrats sont considérés par le Code comme des faits licites, par opposition aux délits et quasi-délits. Les quasi-contrats apparaissent donc, dans le

(1) Sur la notion du quasi-contrat, cons. notamment: M. Planiol, « Classification des sources des obligations », in *Rev. crit. de législ. et de jur.*, 1904, n. s., t. XXXIII, p. 224-248; — G. Goublet, *La notion du quasi-contrat*, thèse Paris, 1904; — H. Vizioz, *La notion du quasi-contrat*, thèse Bordeaux, 1912; — Demogue René, *Traité des obligations en général*, 1re partie, t. III « Des quasi-contrats », p. 1 à 233, Paris, Rousseau, 1923.

Code civil, comme des faits volontaires et licites qui produisent des effets semblables à ceux des contrats.

Pour le moment, nous allons nous placer, avec le Code civil, dans cette conception traditionnelle et supposer qu'il existe, à côté de la classe des contrats, une classe des quasi-contrats, ou encore, pour mieux dire, indépendamment de toute classification et de toute dénomination technique des sources des obligations, nous allons examiner les faits en eux-mêmes que l'on a appelés des quasi-contrats.

Les quasi-contrats sont-ils des fictions de contrats, ou bien s'expliquent-ils par des raisons étrangères à la notion classique de contrat? Nous allons voir encore ici aux prises la doctrine traditionnelle et la doctrine nouvelle.

§ 1. LA DOCTRINE TRADITIONNELLE DE LA FICTION DE CONTRAT

Dans le système civiliste, il était parfaitement logique que seul le contrat pût créer une situation de droit. En effet, la volonté seule de chaque individu pouvait modifier sa sphère juridique; toute situation était une relation entre deux personnes, dont l'une était considérée comme le sujet actif et l'autre le sujet passif, et ne pouvait naître que d'un rapport entre deux volontés. « Le principe, a écrit M. Duguit, est très nettement impliqué dans le Code Napoléon et dans tous les Codes qui en dérivent. Il venait du droit romain et avait été constamment affirmé par tous les jurisconsultes comme un dogme intangible. On ne faisait exception que pour les actes par décès et encore fallait-il l'acceptation de l'héritier pour qu'il fût obligé. En ce qui concerne les actes entre vifs, on ne faisait exception que pour quelques cas très rares dans lesquels on ne pouvait pas

nier la naissance de l'obligation; mais, dominé par le dogme du contrat, on l'expliquait en disant que les choses se passeraient comme s'il y avait eu contrat, que l'obligation naissait *quasi ex contractu* » (1).

Ainsi la doctrine classique, voulant à tout prix tout verser dans le moule unique et préétabli du contrat, a considéré que, dans les quasi-contrats « les parties étaient censées consentir », et que « le consentement était présumé ou supposé ».

Justinien, dans ses *Institutes*, a expliqué que les actions sanctionnant la gestion d'affaires ne naissent pas à proprement parler d'un contrat; pour lui, l'obligation « *quasi ex contractu nasci videtur* » (2), c'est-à-dire elle naît d'un contrat fictif. Ce contrat, les parties l'auraient peut-être conclu si elles avaient connu la situation et on croit devoir le feindre. Sans doute, Justinien ajoute dans le même passage « *idque utilitatis causa receptum est* », mais alors si l'intérêt général était la source de ces obligations, pourquoi faire intervenir la commune volonté des intéressés? Sans doute aussi, c'est par *analogie au mandat*, dont il venait de parler, que Justinien a voulu dire que « tout se passait comme s'il y avait eu mandat ». Mais, comme on l'a dit, comparaison n'est pas raison, et on risque peu à peu de prendre les comparaisons pour des raisons et de s'habituer à chercher derrière toutes les obligations des volontés qui n'ont pas existé.

Heineccius, dans son ouvrage sur les *Institutes* (3), a fondé aussi les quasi-contrats sur un consentement

---

(1) Duguit, *Les transf., op. cit.*, p. 116-117.

(2) Cf. Justinien, *Institutes*, liv. 3, titre 28. « *Post genera contractorum enumerata despiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur; sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur* ».

(3) Cf. Heineccius, *Institutes*, § 965.

fictif ou présumé, quand il les a définis « *facta honesta quibus et ignorantes obligantur ex consensu ob æquitatem præsumpto vel ficto* » des faits licites par lesquels on est obligé même sans le savoir, en vertu d'un consentement feint ou présumé, fondé sur l'équité (1).

Et de l'existence du contrat fictif, la doctrine classique a conclu à la nécessité de la capacité des parties comme pour les vrais contrats, et à l'impossibilité de la femme dotale de s'obliger sur ses biens dotaux par quasi-contrat tout aussi bien que par contrat (2).

Ainsi envisagé dans la pure conception traditionnelle, le quasi-contrat apparaît comme une fiction de contrat puisque l'on considère les parties comme ayant contracté, alors qu'il n'en est rien; le quasi-contrat étant une sorte de fiction de contrat, celle-ci constituant le genre, et celui-là l'espèce. Mais comme la conception individualiste et purement contractuelle prête largement le flanc à la critique, la fiction de contrat n'a pas ici, nous allons le voir, de fondement bien sérieux.

§ 2. CRITIQUE DE LA DOCTRINE TRADITIONNELLE ET RECHERCHE DU VRAI FONDEMENT JURIDIQUE DU QUASI-CONTRAT

On s'accorde à peu près unanimement aujourd'hui à reconnaître que « l'expression de quasi-contrat a été malheureuse » (3) et que le quasi-contrat constitue « une

---

(1) Cf. Toullier, *Droit civil français*, Paris, Warée, MDCCCXXIII, t. XI, p. 23-24, n° 15.

(2) Cf. Guillouard, *Contrat de mariage*, p. 10; cf. aussi Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 538, n°. 8.

(3) Cf. Demogue, *op. cit*, p. 497, note 1. — Voy. aussi Fr. Gény, *Sc. et techn.*, t. III, n° 207, p. 128, note 1.

espèce de contrat qui n'en serait pas un » (1). En effet l'échange des consentements qui est l'essence du contrat en est exclu (2), le débiteur se trouvant obligé par un acte qui émane de la volonté d'une autre personne, alors que dans le contrat c'est sa volonté personnelle qui est la cause de son obligation. Et, d'autre part, la volonté et la capacité de l'obligé qui jouent le rôle prépondérant dans le contrat ne sont pas prises en considération dans le quasi-contrat; quelles qu'elles soient, l'obligation naîtra toujours et l'obligé se trouvera lié (3).

Or, l'élément constitutif du contrat faisant totalement défaut, nous ne pensons pas que « ne pouvant plus trouver de contrat véritable derrière l'obligation, la seule fiction d'une convention vienne tout éclairer » (4). Aussi M. Planiol a-t-il pu écrire avec juste raison: « Il n'y a peut-être pas, dans le droit tout entier, une expression qui soit plus fausse et plus trompeuse que celle de quasi-contrat, car la chose que ce mot a pour but d'indiquer n'existe pas; il n'y a pas de source d'obligation qui ressemble au contrat; il n'y a pas une seule hypothèse où une personne devienne débitrice d'une autre parce qu'elle *a presque fait avec elle un contrat* » (5).

---

(1) Cf. Dereux, thèse citée, p. 313; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive, op. cit.*, p. 184; Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, 352 et 395.

(2) Cf. Girard, *Man. élém. de dr. rom.*, Paris, Rousseau, 1918, p. 399, note 3 *in fine:* « On peut dire, comme fait parfois Gaïus, que le débiteur est tenu (*tenetur*) *quasi ex contractu:* il est obligé de la même façon qu'en vertu d'un contrat, mais il est très faux de dire comme Gaïus fait par ailleurs et comme fait Justinien après lui, que l'obligation naît (*nascitur*) *quasi ex contractu*, de parler avec le Code civil de quasi-contrat: le caractère du contrat est l'accord des volontés, celui du prétendu quasi-contrat son absence; il n'y a donc rien qui se ressemble moins que leur manière de naître ».

(3) Cf. Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, t. II, p. 255, n° 811.

(4) Cf. Dereux, thèse citée, p. 313.

(5) Planiol, *op. cit.*, n° 812 *in fine* et *Rev. crit.*, avril 1904, p. 226 et suiv.

Qu'on le remarque bien d'ailleurs, par suite de la différence de nature irréductible, que nous venons de souligner, entre le contrat et le quasi-contrat, et en conséquence par suite de l'impossibilité de voir des fictions de contrats dans les quasi-contrats, la fiction de contrat ressemble davantage au contrat que le quasi-contrat. Sans doute, en apparence, la fiction de contrat diffère du contrat par tout ce qui sépare le fictif du réel, le concept de l'imagination de la vérité matérielle, ce qui existe de ce qui n'a pas de support dans la réalité. Mais, en vérité, pour si grande que paraisse la différence qui les éloigne, une fois franchi par l'imagination le fossé qui les sépare, c'est-à-dire une fois l'assimilation faite, le contrat fictif se trouve comme superposé à un contrat réel; il est censé avoir toujours été et en tout cas être désormais en tous points un contrat (1) et, dès lors, la fiction de contrat obéira aux mêmes règles et produira les mêmes effets qu'un contrat. Ainsi, la volonté et spécialement l'imagination créatrice permettent de faire pour la fiction de contrat ce qui restera toujours interdit pour le quasi-contrat.

Le vrai fondement de l'obligation quasi-contractuelle n'est pas, en effet, le consentement tacite ou présumé, mais l'équité et le juste objectif. Parler de consentement tacite, c'est « évidemment confondre les quasi-contrats avec les contrats, qui se forment par le consentement tacite aussi bien que par le consentement

(1) Cf. Ihering, *Esprit du droit romain*, liv. IV, p. 292, Les fictions: « Il faut bien l'avouer, la fiction prête un peu le flanc sous ce rapport. Elle est un des phénomènes de la technique juridique au moyen desquels on peut facilement, devant des ignorants, déverser le ridicule sur la jurisprudence romaine. Cicéron, que nous avons déjà si souvent surpris dans cette besogne, ne s'en est pas fait faute dans cette matière encore ».

exprès » (1). Et, d'autre part, l'idée de consentement feint ou présumé ne nous paraît pas plus vraisemblable, car elle nous conduirait à dire que la loi feint ou présume *que celui qui a reçu par erreur une somme qu'on ne lui devait pas* a consenti à la restituer, parce qu'il n'est pas juste que l'on puisse s'enrichir injustement au détriment d'autrui (2), et que, en vertu de ce consentement feint ou présumé, la loi ordonne la restitution.

« Pourquoi, a écrit Toullier, cette fiction ou cette présomption inutile de la loi? N'a-t-elle donc pas la force de commander cette restitution fondée sur la justice? Le législateur commande ce qui est juste; il ne feint rien. Il ne dit point: « Je feins ou je présume que vous avez consenti de rendre la somme qu'on vous a indûment payée, parce qu'il est juste que personne ne s'enrichisse aux dépens d'autrui; et, en vertu de ce consentement fictif ou présumé, j'ordonne la restitution »; il dit au contraire: « Soit que vous ayez eu ou non la volonté de rendre, soit même que vous ayez eu une volonté contraire, je vous ordonne de rendre ce qu'on vous a indûment payé, parce que la justice l'exige »; voilà le seul langage digne de la loi. On a peine à concevoir qu'un esprit aussi net que celui d'Heineccius et d'autres jurisconsultes d'un grand mérite, soient allés s'embarrasser dans cette fausse et inutile doctrine des fictions et des présomptions, comme si le législateur en avait besoin, pour ordonner ce qui est juste » (3). MM. Colin et Capitant qui considèrent la

---

(1) Cf. Toullier, *Dr. civ. français*, t. XI, n° 15, p. 23 (en note).

(2) Cf. Digeste L, 17, 206. Loi 14 ff. *de condict. indeb.*, 12, 6; loi 206 ff de R. J. *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorum.*

(3) Toullier, *op. cit.*, t. XI, n° 15, p. 24-25. — Comp. Demogue, *Traité des obligations en général, op. cit.*, 1re partie, t. III, « Sur le paiement

gestion d'affaires comme une déclaration unilatérale de volonté, admettent que tous les autres quasi-contrats sont des obligations légales, basées sur l'équité, et au nombre de ceux-ci, ils citent spécialement le paiement de l'indû (1).

Nous ne croyons pas d'ailleurs qu'il en soit autrement de la *gestion d'affaires* elle-même. Sans doute MM. Colin et Capitant considèrent que la gestion d'affaires correspond à la notion d'acte unilatéral, « car le gérant d'affaires agit avec l'intention de faire naître des rapports d'obligations, d'abord entre les tiers avec qui il traite et le maître pour lequel il agit, et ensuite entre

---

et la répétition de l'indu », p. 139 et suiv. et notamment p. 141, n° 85: « Cette théorie de l'indû... se rattache à la théorie de la cause, c'est-à-dire de l'utilité sociale des actes juridiques ».

(1) Cf. Colin et Capitant, *Cours de dr. civ. français*, t. II, p. 270. « L'article 1376, il est vrai, nous dit que celui qui, par erreur ou sciemment, reçoit ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. C'est la conception traditionnelle de nos anciens auteurs... Mais il n'est pas besoin de réfléchir longtemps pour comprendre combien il serait contraire à la réalité de voir ici le résultat d'un acte volontaire. Il est bien évident que celui qui reçoit par erreur, l'indû, n'a pas, à ce moment, la volonté de le restituer, et cette volonté n'existe pas davantage au cas où l'accipiens est de mauvaise foi, sinon il n'accepterait pas le paiement que lui fait le solvens. L'obligation de l'accipiens ne saurait donc être rattachée à sa volonté. Elle ne peut avoir qu'une source: la loi qui donne au solvens une action en répétition, parce que l'équité exige que l'accipiens ne s'enrichisse pas à ses dépens ».

L'abus de l'explication contractuelle a d'ailleurs été bien mise en relief pour le quasi-contrat de paiement de l'indû, par M. Gounot, qui a cru pouvoir conclure que « ce n'est pas le quasi-contrat qu'il faut réduire au contrat, mais bel et bien le contrat qui est quasi un quasi-contrat ». Cf. Gounot, thèse citée, p. 237. En effet, le mutuum, par exemple, a été sanctionné d'abord sur le terrain quasi-contractuel par une action en répétition, à une époque où on n'admettait pas encore que la simple convention pût faire naître une action, mais où on admettait déjà que l'acquisition illégitime du bien d'autrui en faisait naître une, en vertu d'une idée d'enrichissement injuste. Cf. Girard, *op. cit.*, p. 516, 517 et note 3.

lui-même et le maître ». Sans doute aussi, la gestion d'affaires a été considérée comme un contrat fictif de mandat, parce que la ratification (1) opère rétroactivement et que les choses se passent alors comme si le gérant avait dès le début reçu mandat, en vertu de l'adage traditionnel « *ratihabitio mandato œquiparatur* », consacré par l'article 1898, al. 2: « Le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà du pouvoir qui lui a été donné qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ». Contrat fictif, a-t-on dit, même quand la gestion d'affaires n'est pas ratifiée, puisqu'elle engendre, comme le mandat, des obligations réciproques entre les parties; pour le gérant, obligation de continuer la gestion commencée, de prendre tous les soins d'un bon père de famille, et de rendre compte; pour le maître, obligation envers le gérant de rembourser toutes les dépenses utiles et nécessaires avec les intérêts du jour des avances, et obligation envers les tiers de remplir les engagements contractés pour lui par le gérant, comme s'il avait chargé le gérant de les prendre en son nom, car les effets des opérations faites par le gérant et ayant une utilité pour le maître se produisent directement sur la tête de ce dernier, et comme dans le contrat de mandat, c'est le maître qui devint créancier ou débiteur (2). Ainsi que l'a écrit M. Planiol: « La ratification équivaut un mandat suivant l'ancien adage, et l'utilité de la gestion équivaut à la ratification » (3).

---

(1) Sur la ratification de la gestion d'affaires, voy. notamment R. Demogue, *Traité des obligations en général*, 1re partie, t. III, n° 54-61, p. 88-95, et sur les distinctions entre la gestion d'affaires et le mandat tacite, voy. n° 14, p. 26-27.

(2) Cass. Req., 16 juillet 1880, D. P. 91-1-49, note de M. Planiol, S. 94-1-19.

(3) Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 2281, p. 712.

Mais en réalité, ce n'est ni à la volonté unilatérale, ni à la volonté bilatérale qu'est le contrat, qu'il y a lieu de s'attacher ici. Le maître de l'affaire va se trouver obligé envers le gérant et envers les tiers pour deux raisons : *une raison d'utilité sociale* (1), il est utile d'encourager les personnes qui prennent soin spontanément des intérêts d'autrui, et *un motif de droit:* le maître dont l'affaire a été gérée d'une façon suffisante s'enrichirait injustement aux dépens du gérant, s'il ne l'indemnisait pas des dépenses nécessaires et utiles faites pour conserver les biens.

Mais si la notion de quasi-contrat appliquée aux cas spécialement prévus par le Code civil nous paraît inexacte et malheureuse, si l'on est généralement porté « à en reconnaître l'inanité et l'impossibilité de la conserver » (2), à fortiori devra-t-on se garder de l'étendre à des situations pour lesquelles le Code civil lui-même n'a pas parlé de quasi-contrat. Nous faisons allusion notamment aux rapports juridiques que l'on a dénommés le quasi-contrat de voisinage et le quasi-contrat de louage (3).

Le *quasi-contrat de voisinage d'abord* (4). Il existe

---

(1) Sur la conception sociale du quasi-contrat, qui est à l'opposé de celle bien plus individualiste, qui se dégage du Code civil où on considère surtout la volonté de l'obligé, voy. René Demogue, *Traité des obligations en général*, 1re partie, t. III, Paris, Rousseau, 1923, p. 5.

(2) Cf. Gény, *Science et tech., op. cit.*, t. III, n° 207, p. 128, note 1.

(3) Comp. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, 1re partie, t. III, n° 73, p. 116-117.

(4) Sur le quasi-contrat de voisinage, voy.: Pothier qui étudie le voisinage comme un quasi-contrat à la suite des sociétés, communautés et indivisions qui engendrent elles aussi des obligations, édit. Bugnet, t. IV, p. 328: « Le voisinage, écrit-il, oblige le voisin à user de son héritage de manière à ce qu'il ne nuise pas à son voisin... ». — Ihering, « Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins », *Œuvres choisies*, trad. Meulenaere, t. II.

entre propriétaires voisins des relations qui engendrent des obligations réciproques de deux sortes: des obligations spéciales et déterminées comme le bornage des propriétés contiguës (article 646) et la clôture forcée (article 648), et qui ont été expressément prévues par la loi; et des obligations plus générales et indéterminées qui reposent sur cette idée que les voisins ne doivent pas se nuire entre eux en abusant de leur droit de propriété individuelle. Or, certains auteurs ont voulu rattacher à une idée de quasi-contrat ces diverses sortes d'obligations et les ont appelées des quasi-contrats de voisinage.

Mais toute construction quasi-contractuelle nous paraît bien inutile et dans le fait et dans le droit. Il n'y a *dans le fait* rien qui dénote une apparence de convention entre les voisins; ces conventions devraient être tellement nombreuses, puisqu'elles devraient être faites par tous les propriétaires fonciers du plus petit lopin de terre, qu'elles paraissent invraisemblables.

Et *dans le droit,* pourquoi imaginer des quasi-contrats lorsque la loi elle-même, pour les cas spéciaux de bornage et de clôture forcée, a soin de présenter comme purement légales des obligations existant entre propriétaires voisins? L'article 651 dispose en effet que « la loi assujettit les propriétaires à différentes obli-

---

— Aubry et Rau, *Cours de droit civil,* t. II, § 199. — H. Capitant, « Des obligations de voisinage », in *Rev. crit. de législ.,* 1900, p. 156, 174-187, et p. 235. Ces obligations ne pouvant être rattachées à l'idée de faute lui paraissent dériver d'un quasi-contrat. — Georges Ripert, *L'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines,* thèse Aix, 1902, p. 266-267. — Appert, *Rev. trim. de dr. civil,* 1914, t. I, p. 753 et suiv. — J. Charmont, *Les transformations du droit civil,* A. Colin, 1912, p. 202 et suiv. — Planiol, *Tr. él. de dr. civ.,* t. I, 1920, 8e édit., n° 2366, p. 734-735. — Colin et Capitant, *Cours de dr. civ. français,* 1914, t. I, p. 753 s. et les diverses notes d'arrêts qui y sont citées.

gations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention », et l'article 1370 précise en quelque sorte, en ajoutant que « certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention..., résultant de l'autorité seule de la loi..., et sont des engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins ». C'est donc *la loi elle-même* qui impose ces obligations aux propriétaires voisins et il n'est pas plus juste de les ranger parmi les quasi-contrats que parmi les servitudes, comme le fait le Code civil, puisque l'essence de la servitude est une pure abstention et non pas une prestation positive, ce qui est le propre de l'obligation légale.

Pourquoi encore imaginer des quasi-contrats pour expliquer les obligations plus générales entre voisins que peut éventuellement sanctionner l'article 1382 et qui consistent dans la réparation due par celui qui, en exerçant son droit de propriété, cause un préjudice à son voisin? L'explication quasi-contractuelle, qui aurait sans doute l'avantage d'éviter la preuve de la faute et dispenserait d'étendre à l'excès la portée de l'article 1382, n'est pas satisfaisante, car « elle force le sens des textes qui ne disent rien expressément de ce quasi-contrat. En outre elle ne fournit aucun critérium qui permette de distinguer les cas où la responsabilité est engagée de ceux où elle ne l'est pas » (1). Il ne paraît pas y avoir de meilleure explication que celle que fournit la *théorie de l'abus du droit*, car c'est celle qui s'adapte le mieux aux solutions de la jurisprudence. Elle se résume dans le détournement du droit de son but économique et social, car celui qui abuse de son droit engage sa responsabilité, et c'est abuser de son droit

(1) Cf. J. Charmont, *Les transf. du droit civil, op. cit.*, p. 208.

que d'agir dans l'intention de nuire, ou ne pas user de sa propriété dans des conditions normales (1).

Nous n'admettons pas davantage le quasi-contrat de louage. M. Galinier (2) a donné le nom de quasi-contrat à la prorogation forcée instituée par la loi du 9 mars 1918 et qui résulte de la volonté du locataire, manifestée par acte extra-judiciaire, de commencer, lorsque le bail en cours est fini, un nouveau bail de deux ou cinq ans.

« Si, écrit-il, on ne doit faire entrer dans la définition de « quasi-contrat » que les deux situations prévues par le Code « la gestion d'affaires et le paiement de l'indû » le contrat fictif de louage créé par la loi du 9 mars 1918, n'en sera pas un. Mais si la définition peut être généralisée et que l'on y fasse entrer les opérations qui ne sont ni des contrats ni des quasi-délits, nous pourrons du bail et des simples prorogations, détacher le « quasi-contrat de louage » résultant de la simple volonté unilatérale du locataire, dont la manifestation liera dans certaines circonstances le bailleur » (3).

Cette expression de quasi-contrat ne nous semble pas très heureuse pour deux raisons: d'abord, elle a été employée par le Code civil dans deux situations tout

---

(1) Sur la théorie de l'abus du droit, voy. notamment: « La faute, le risque et l'abus du droit », par Charles Cézar Bru et G. Morin dans les *Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix*, 1906, p. 89 et suiv. et toutes les références qui y sont indiquées; — J. Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, Paris, Masson, et Montpellier, Coulet, 1908, p. 81 et suiv. et toutes les références de doctrine et jurisprudence qu'il contient, et *Les transformations du droit civil, op. cit.*, 1912, p. 233 et suiv.

(2) J. Galinier, *Le régime des loyers depuis* 1914 *et l'évolution du droit*, thèse Montpellier, 1922, p. 88.

(3) J. Galinier, *ibidem*, p. 89.

à fait particulières régies par les articles 1370 et suivants et tout à fait différentes de celles que nous étudions en ce moment ; aussi faut-il éviter de l'employer pour des situations nouvelles, cela paraîtrait vouloir introduire celles-ci dans les cadres périmés de ces articles. De plus, la notion de quasi-contrat en général, nous l'avons vu, est universellement critiquée et tend à disparaître sans que l'on doive la regretter. Il n'y a donc pas lieu de l'étendre au contrat de louage et de lui donner un regain de vie. Mieux vaut l'abandonner à son malheureux sort. Et dès lors, il ne faut pas plus parler de quasi-bailleur et de quasi-locataire que de quasi-contrat de bail. Tout cela est fiction ! Nous considérons simplement le contrat prorogé, dont nous venons de parler, comme une obligation impérative émanant du législateur et s'imposant comme telle aux parties qui sont déjà liées par un contrat de bail à loyer.

***

Il faut donc pour tous les quasi-contrats, les quasi-contrats nommés et les quasi-contrats innommés, « se garder de présumer un consentement dont on n'a que faire et qui est incompatible avec la notion de quasi-contrat » (1). Et nous ajouterons, pour être complet, que l'on doit aussi et encore se garder, une fois établie cette présomption de volonté, de construire une fiction de contrat, dont on n'a également que faire pour la même raison.

Renonçons donc à vouloir faire entrer de force les

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, p. 254 *in fine*.

quasi-contrats dans le moule du contrat au moyen de la fiction et même à dire que ce sont des faits volontaires. « Il ne reste qu'une seule explication possible, écrit M. Planiol, c'est de dire que cette obligation qui n'est pas l'œuvre de la volonté de l'obligé, et qui ne peut pas lui être imposée par un tiers, est l'œuvre de la loi, qu'elle est légale » (1). Il faut ajouter que la loi, en créant des obligations de plein droit, n'a fait que consacrer le grand principe d'équité naturelle qu'est l'enrichissement injuste aux dépens d'autrui (2).

Dumoulin avait déjà reconnu que, dans les quasi-contrats, c'était l'équité, le *vinculum æquitatis* et la *ratio naturalis,* qui obligeaient: « *Bonum et æquum vincit et obligat* » (3). Et Pothier aussi, quand il écrivait que dans les quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement et que « c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte » (4). Laurent lui-même, qui a considéré que le consentement était présumé ou supposé (5) dans les quasi-contrats, avait admis auparavant que ceux-ci constituaient des obligations légales, quand il écrivait « on chercherait vainement une autre cause que la loi; c'est la loi qui, pour des motifs d'équité et d'utilité, impose certaines obligations » (6).

Ce fondement des quasi-contrats dans l'équité, l'intérêt général et le juste objectif se résume donc bien dans *le grand principe de l'enrichissement injuste aux dé-*

---

(1) Planiol, *op. cit.* t. II, n° 811 *in fine,* p. 255.

(2) Les quasi-contrats ont pour cause médiate la loi, et pour cause immédiate et première l'équité; comp. Marcadé, *Explication du Code Napoléon,* t. V, 5e édit., p. 243 en note.

(3) Cf. Dumoulin, *Œuvres,* t. III.

(4) Cf. Pothier, *Obligations,* n° 114 et 134.

(5) Cf. Laurent, t. XX, n° 308.

(6) Cf. Pothier, n° 307.

gens d'autrui (1). Ce principe n'est consacré que partiellement et insuffisamment par le Code civil dans un certain nombre d'hypothèses limitativement déterminées. Nous croyons qu'il serait juste de reconnaître que la notion de quasi-contrat doit être remplacée par celle d'enrichissement injuste. Il y aurait lieu, pour perfectionner et compléter la doctrine de notre Code civil, de formuler expressément cette théorie en une règle générale et un texte de principe comme l'a fait le Code civil allemand (article 812) : « Celui qui, par une prestation, ou de toute autre façon, obtient quelque chose sans cause juridique aux dépens d'une autre personne, est obligé à restituer envers cette personne » (2). La théorie de

---

(1) Sur l'enrichissement sans cause, voy. notamment : G. Raynaud, *De l'action de in rem verso en droit civil français*, thèse Paris, 1899. — G. Ripert et M. Teisseire, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », in *Rev. trim. de dr. civ.*, 1904, t. III, p. 727 et suiv; — Stoïcesco, *De l'enrichissement sans cause*, thèse Paris, 1904; — P. Chaîne, *L'enrichissement sans cause dans le droit civil français*, thèse Lyon, 1909; — H. Loubers, « L'action de *in rem verso* et la théorie de la responsabilité civile », in *Rev. crit. de législ. et de jur.*, 1912, n. s., t. XLI, p. 395 et suiv.; — Ripert, note sous Dalloz, 1912-1-217; — Jean Renard, *Mémoire sur l'enrichissement sans cause*, présenté en 1913 à la Faculté de droit de Montpellier; — Poltzer, thèse Paris, 1912; — Possa, thèse Paris, 1916; — Demogue, *Traité des obligations en général, op. cit.*, 1923, 1re partie, t. III, « Théorie générale de l'enrichissement sans cause », chap. IV, n° 76-85, p. 121-139.

(2) Comp. Code féd. suisse des oblig. art. 70. Toullier avait déjà formulé cette doctrine par une formule parallèle à celle de l'art. 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui enrichit une personne au détriment d'une autre, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, oblige celle qui se trouve enrichie de rendre la chose ou la somme tournée à son profit ». Toullier, *op. cit.*, t. XI, n° 20, p. 29. — Comp. Colin et Capitant, *Traité él. de dr. civ.*, t. II, qui trouvent que c'est donner à l'enrichissement sans cause une base trop large (p. 403-410 sur l'action *de in rem verso*).

Pour le caractère essentiellement objectif de la théorie de l'enrichissement sans cause, voy. R. Demogue, *Traité des obligations en général, op. cit.*, 1re partie, t. III, n° 78 à 84, p. 123 à 138. Le fonde-

l'enrichissement injuste s'appliquerait dès lors aux quasi-contrats déjà nommés du Code — gestion d'affaires et paiement de l'indû, — et aux quasi-contrats encore innommés.

C'est dans ce sens, nous semble-t-il, que doivent être poussés les efforts nouveaux pour préciser la notion juridique du quasi-contrat et édifier une catégorie réelle dans laquelle puissent se couler toutes les diverses formes sous lesquelles le quasi-contrat se manifeste. Sans doute, la catégorie juridique de l'enrichissement sans cause aura peut-être des contours moins fermes et une rigueur moins accusée que les deux catégories de notre Code civil, — la gestion d'affaires et le paiement de l'indû, — mais à la condition de ne pas rompre les cadres du droit positif, mieux vaut, à notre avis, une catégorisation large et souple qu'une série de catégorisations rigides qui méconnaissent la réalité des institutions et les besoins de l'organisation juridique (1).

D'ailleurs, même en l'état actuel de notre législation, les quasi-contrats ne restent pas moins en fait des obligations légales consacrant le grand principe d'équité naturelle de la théorie de l'enrichissement injuste; il faut voir en eux des « *obligations naturelles légalisées* » (2) et repousser toute théorie artificielle basée

---

ment de cette théorie ne serait pas simplement l'équité, mais un certain besoin de sécurité statique dans les fortunes, ayant pour but, comme la subrogation réelle, de maintenir les valeurs que contient le patrimoine en dépit des transformations qui s'opèrent, c'est-à-dire des notions d'utilité et de solidarité sociale.

(1) Comp. Fr. Gény, *Science et techn., op. cit.*, t. III, n° 207, p. 126-128.

(2) Cf. Marcadé, *Explic. du Code Napoléon*, t. V, 5e édition, p. 241. — Comp. Demogue, *Traité des oblig. en général, op. cit.*, 1re partie, t. III, n° 83, p. 137-138: « Pour être tout à fait prudent, il faut classer l'enrichissement sans cause parmi les obligations légales ». Mais, à l'encontre de M. Planiol qui rapproche l'enrichissement injuste des quasi-délits, M. Demogue les place à côté des quasi-contrats qu'il définit « les cas où un créancier devient tel par sa volonté ».

sur la fiction de contrat, qui ne constitue qu'une quasi-explication.

SECTION III

LA VOLONTE UNILATERALE ET LA FICTION DE CONTRAT

D'après une théorie nouvelle qui est venue d'Allemagne et qui a été accueillie en France par certains auteurs (1), la déclaration unilatérale de volonté serait une source d'obligations, en dehors des contrats, déclarations bilatérales de volontés, et de la loi qui comprend, outre les obligations dérivant directement de dispositions légales, celles naissant à l'occasion des délits et des quasi-délits. Elle lierait par elle-même la personne qui l'a émise, sans qu'aucune autre volonté ne l'ait rencontrée ou acceptée et avant même que le destinataire en ait eu connaissance. Il faudrait et il suffirait, pour que la personne qui a déclaré sa volonté soit engagée, qu'elle ait manifesté clairement son intention.

Nous exposerons d'abord l'explication, trop exclusivement contractuelle à notre sens, qu'en fournit la doctrine traditionnelle; et ensuite nous essayerons de délimiter un peu le rôle et le domaine qu'il y a lieu

---

(1) Notamment MM. Colin et Capitant, *Cours él. de dr. civ.*, t. II, p. 271 et suiv., 287 et 342. Les personnes ne manquent pas, écrivent-ils, qui deviennent créancières sans le savoir, *etiam ignorantes*, et on les rencontre dans les situations suivantes: gestions d'affaires, stipulations pour autrui, offres diverses (de récompense, art. 657 du C. all.; de contracter, art. 130 et 145 même Code; de purger un immeuble hypothéqué, art. 2184, C. civ. français); titres au porteur et à ordre, dispositions testamentaires, acceptations de successions et de legs, contrats épistolaires (théorie de l'émission), art. 555 et 556, 1382 et 1383 du C. civil.

d'assigner à la volonté unilatérale parmi les sources des obligations.

§ 1. LA DOCTRINE TRADITIONNELLE EN FACE DE LA VOLONTÉ UNILATÉRALE

La théorie de la volonté unilatérale conçue comme source d'obligations est repoussée par toute la doctrine traditionnelle. Pour celle-ci, tout contrat se décompose en deux éléments essentiels : l'offre et l'acceptation. Or, si la volonté unilatérale a l'air de constituer une source d'obligations différente des contrats parce que l'offre, c'est-à-dire le premier élément seul suffirait à créer l'obligation, en vérité cette obligation engendrée par une volonté isolée, n'a qu'une existence précaire et risquera de s'éteindre sans être jamais exécutée si elle n'est pas l'objet d'une acceptation d'une autre partie, c'est-à-dire si le deuxième élément essentiel ne vient s'ajouter au premier. Bref, si cette première volonté, qu'on appelle unilatérale, ne rencontre pas une seconde volonté qui viendra se joindre à elle et former une déclaration bilatérale de volontés, l'une pollicitante, l'autre acceptante, le lien obligatoire ne se formera pas.

M. Planiol déclare que cette exigence ne saurait jamais être supprimée, parce que la volonté individuelle, souveraine sur elle-même, est sans effet à l'égard des tiers, et que nul ne peut devenir créancier sans sa volonté (1). On ne saurait donc concevoir deux sources

(1) Cf. Planiol, *Traité él. de dr. civ.*, t. II, n° 832, p. 265. — Voy. aussi : René Worms, *De la volonté unilatérale*, Paris, 1891, p. 198. — Comp. également : Jean S. Matesco, *L'obligation unilatérale et le Code civil*, thèse Paris, 1920.

d'obligations volontaires, l'une unilatérale, l'autre bilatérale qui serait le contrat; en réalité, il devrait toujours y avoir entente entre deux parties, le créancier et le débiteur par exemple, et il n'y aurait qu'une seule source possible d'obligations volontaires: le contrat.

Et, en résumé, tandis que pour la doctrine nouvelle, la déclaration unilatérale de volonté n'est nullement une ébauche de contrat, mais une source d'obligations spéciale et indépendante, en dehors et à côté des contrats, au contraire, pour la doctrine traditionnelle et M. Planiol, elle est, dans les cas où elle est admise, considérée comme partie constitutive d'un véritable contrat et rentre dès lors dans la source des obligations contractuelles.

Sans doute, on peut admettre *un contrat se formant dans le temps et non dans l'espace,* c'est-à-dire n'étant parfait que lorsque une deuxième volonté sera venue s'adjoindre à la première. On peut considérer, en effet, que si la première volonté, celle qu'on appelle unilatérale, reste seule et isolée, sans qu'aucune autre volonté ne vienne à sa rencontre, il y aura absence de contrat; tandis que si l'adjonction d'une deuxième volonté à la première s'opère, il y aura bien contrat. Autrement dit, si l'on envisage la volonté unilatérale dans l'espace, c'est-à-dire au seul moment de sa manifestation, il n'y aura jamais contrat; mais si on l'envisage dans le temps, c'est-à-dire à des moments différents et successifs, lorsqu'une deuxième volonté exprimera son acceptation il y aura contrat. Et alors, dans cet intervalle de temps qui sépare les deux manifestations de volontés, on pourrait peut-être parler de fiction de contrat. Le contrat, en effet, n'existe pas immédiatement, mais il va bientôt exister; très imparfait encore, il deviendra parfait par la suite; c'est un contrat en puissance, un contrat à l'état virtuel ou latent, un contrat en voie de

formation, puisqu'il n'y a encore qu'un seul élément, l'offre, et que le deuxième, l'acceptation, manque encore. L'élaboration du contrat se ferait donc en deux temps successifs : fictif d'abord, le contrat deviendrait réel.

Que l'on réfléchisse un instant, par exemple, pourra-t-on dire, aux offres de récompense dans lesquelles on prétend voir des cas de déclarations de volontés engendrant par elles-mêmes des obligations. Lorsqu'une personne a perdu un objet précieux et promet par voie de publicité, affiches ou journaux, une récompense à celui qui le lui rapportera, on dit qu'elle est liée par sa volonté personnelle. Mais, en vérité, ce lien ne produira effet que tout autant que quelqu'un trouvera l'objet et alors aura lieu une rencontre de deux volontés et donc un contrat. Celui-ci d'ailleurs pourra rester à l'état purement fictif, si la personne qui a trouvé et restitué l'objet n'a pas eu connaissance des offres de récompense du propriétaire. Dans tous ces cas, le concours de volontés est successif au lieu d'être, comme à l'ordinaire, simultané.

Mais cette *fiction de contrat dans le temps* n'a qu'un caractère purement explicatif et énonciatif et n'offre, en somme, aucune valeur scientifique propre. Aussi, à notre sens, ce n'est pas cette forme de fiction qui doit le plus nous frapper ici.

Avouons-le : il est bien possible que les applications de la volonté unilatérale comme source productive d'obligations soient assez peu nombreuses dans notre législation actuelle ; mais est-on absolument sûr qu'en cherchant bien on n'arriverait pas à en découvrir quelques-unes ? Et, si cela est vrai, qui ne voit dans quel embarras va se trouver aussitôt la doctrine classique qui n'admet que le contrat comme source d'obligations émanant de la volonté ?

Elle voudra cependant donner à ces volontés unilaté-

rales l'effet obligatoire qu'elles commandent impérieusement, et alors, dans sa grande indigence, elle ne trouvera rien de mieux que de créer de toutes pièces au moyen de présomptions, l'acceptation par une autre volonté de l'offre émise, afin de former un contrat Ainsi, elle poussera de force toutes les manifestations volontaires unilatérales dans les cadres du contrat, au risque de les dénaturer et de réduire le contrat lui-même à l'état de pure fiction.

On nous objectera, peut-être, qu'il n'y a pas lieu de s'émouvoir outre mesure de cette extension du contrat par la fiction, parce qu'il est assez rare et assez difficile de réaliser des rencontres absolument parfaites de volontés, les contrats pouvant se décomposer en deux actes différents, et chaque partie ne s'obligeant qu'en vertu de sa propre volonté. Ainsi M. Tarde a écrit : « Dans le contrat lui-même, si on l'analyse à fond, ne trouve-t-on pas deux objets parfaitement distincts et non un seul, comme on le dit à tort? Et n'y a-t-il pas là deux volontés qui, pour s'être enlacées ne laissent pas de produire des effets juridiques jusqu'à un certain point indépendants l'un de l'autre? » (1). Et, après avoir étudié le contrat épistolaire, M. Tarde conclut que la *simultanéité des volontés « n'existe que par une fiction de juriste subtil* », et même « qu'en fait elle n'existe presque jamais et devient de plus en plus fictive et irréalisable avec la facilité croissante de contracter à de plus grandes distances » (2).

---

(1) G. Tarde, *Les transformations du droit, op. cit.*, p. 119.

(2) G. Tarde, *ibidem*, p. 119 et 120.

Cf. aussi René Worms, thèse citée, p. 188, sur le contrat épistolaire. Dans le contrat épistolaire de plus en plus fréquent « il est chimérique de chercher le moment où les deux volontés se rencontrent, vu que, une fois que l'offrant a fait son offre, il n'y songe plus; sa volition continue à porter effet, mais, en tant que fait psycholo-

Mais, pour nous, c'est précisément parce que la fiction se glisse et s'insinue facilement et presque à notre insu dans beaucoup de conventions que nous prenons pour de véritables contrats au sens même classique du terme, qu'il faut éviter de la faire pénétrer insidieusement dans de nouvelles sources de droit où elle est inutile. Il vaut toujours mieux avoir le courage d'admettre des explications franches basées sur la nature des choses que de recourir à des explications imaginaires toutes faites en constructions artificielles. Et d'ailleurs il ne suffit pas de montrer les excès de l'emploi de la fiction, il faut encore essayer de préciser un peu le rôle et le domaine de la volonté unilatérale.

§ 2. LE VÉRITABLE RÔLE ET LE DOMAINE DE LA VOLONTÉ UNILATÉRALE

Nous pensons qu'il ne faut rien exagérer et vouloir avec la doctrine classique tout ramener de gré ou de force au moule contractuel. L'assimilation peut devenir parfois excessive et il y a lieu alors de renoncer à recourir à la fiction.

Nous admettons qu'il y a contrat quand il y a eu

---

gique, elle a cessé d'exister. D'autre part, quand l'autre partie a écrit sa lettre d'acceptation, elle oublie aussi; et au moment où cette lettre est reçue, elle lie « l'offrant qui n'a plus l'intention expresse d'offrir, qui, peut-être même, a le regret formel de son offre », et elle lie l'acceptant qui, peut-être aussi, regrette déjà d'avoir accepté. Et M. René Worms conclut: « En somme, dans ce qu'on appelle le contrat par correspondance, il n'y a pas de contrat... Il faudrait, croyons-nous, renoncer une bonne fois à cette idée aussi dangereuse que fausse d'un contrat par lettres. Il faudrait tout simplement voir ici deux manifestations unilatérales de volontés, chacune obligatoire par elle-même ».

réellement un concours de volontés, quoique successif, et quand la déclaration unilatérale de volonté a été acceptée par une autre partie, car alors cette déclaration fait partie intégrante de la source de droit contractuelle. Mais *il y a des cas où la manifestation de volonté reste toujours unilatérale,* soit en raison de sa nature même, soit en raison de la volonté expresse du législateur; dans tous ces cas, où la volonté unilatérale qui est émise n'a pas besoin, pour produire un effet juridique, d'être acceptée, ou du moins ne l'est pas en fait, il n'y aura jamais de concours de volontés, même successif, et il serait vraiment abusif de parler alors de contrat, sauf à imaginer de toutes pièces une acceptation tacite dont on n'a que faire, ou à construire une présomption de volonté également inutile.

En réalité, si une volonté unilatérale se trouve alors génératrice d'obligations, ce n'est plus nécessairement parce qu'elle s'est rencontrée avec une autre volonté, mais plutôt peut-être *parce qu'elle est conforme à la loi,* dont les dispositions admettent que, dans certains cas, la volonté unilatérale pourra être une source d'obligations.

M. Dereux, dans son étude de la volonté individuelle se manifestant dans les actes unilatéraux, l'a fort bien dit: « Pour ceux où le déclarant a besoin de s'adresser à quelqu'un pour réaliser un effet juridique (dénonciation d'un contrat, offre au public, promesse de récompense), il faut tenir compte de l'état d'esprit du destinataire et il faut l'accord des pensées; mais, pour ceux où le déclarant n'a besoin de s'adresser à personne (testament, acceptation de succession, reconnaissance d'enfant naturel), la volonté du déclarant est seule maîtresse de faire naître le droit à sa guise et doit être absolument respectée » (1).

---

(1) Dereux, thèse citée, p. 448.

La *législation écrite* ne nous paraît pas condamner absolument tous les effets juridiques attachés à la volonté unilatérale. Sans doute, notre Code civil ne contient aucun texte qui en consacre formellement le principe, l'article 1370 qui énumère tous les engagements qui se forment sans convention ne la mentionnant pas au nombre des sources d'obligations. Mais doit-on conclure de son silence qu'il en a absolument rejeté le principe? Nous ne le croyons pas. Il y a en effet des cas où la volonté unilatérale pourra obliger seule et même obliger d'autres personnes. Il en est ainsi pour certains actes qui sont unilatéraux par leur essence même, comme les dispositions testamentaires, l'acceptation de succession ou de legs, la renonciation à succession ou à communauté, la reconnaissance d'enfant naturel, les offres à fin de purge adressées par un tiers acquéreur aux créanciers hypothécaires inscrits; ou encore pour des actes « qui se ramènent en définitive à l'enrichissement d'une personne par la seule volonté d'une autre et dont le législateur eut pû, sans conteste, subordonner l'effet à l'acceptation du bénéficiaire » (1) tels que la renonciation à des droits réels (à usufruit, art. 622; à hypothèque, art 2180, al. 2, et à divers autres droits réels, art. 1-2° et 2-2° de la loi du 23 mars 1885).

Sans doute, on objectera que ce sont tout autant d'exceptions au droit commun du contrat qui, comme toutes les dispositions exceptionnelles, sont de droit strict et ne doivent pas être étendues par voie d'analogie. Mais cette constatation n'est-elle pas suffisante pour conclure que le droit écrit ne condamne pas d'une façon absolue le principe de la volonté unilatérale? Et ne pourrait-on pas, dans une certaine mesure, comparer la volonté unilatérale au droit de rétention qui, bien

(1) Gény, *Mét. d'int., op. cit.*, p. 533.

qu'admis dans un certain nombre de cas pour le Code civil sans aucune théorie d'ensemble, n'est pas moins considéré par la jurisprudence et par la majorité des auteurs comme constituant l'application d'une idée générale et non un régime d'exception?

N'est-il pas vrai qu'à l'heure actuelle, *l'intérêt général du commerce juridique et de la vie des affaires* réclame impérieusement que tous les engagements pris envers le public soient sanctionnés avant toute acceptation quelconque? « Dans des cas qui vont se multipliant, a écrit M. Tarde, on est donc obligé, si romaniste acharné qu'on soit, d'accorder force juridique à des promesses non encore acceptées. Sans cesse se multiplient les engagements envers des personnes indéterminées qui, bien entendu, ne sauraient accepter ce qu'elles ignorent; sans cesse se multiplient les titres au porteur (1), les assurances sur la vie, les réclames, les prospectus. Toutes ces innovations suscitées par les idées de génie propres à ce siècle ou aux siècles antérieurs tendent manifestement à réléguer au second plan le contrat, qui, à l'époque romaine, était sans contredit au premier » (2).

Et enfin ne pourrait-on pas aussi soutenir en somme avec M. Gény, que « la loi aussi bien que la coutume étant muettes, nous devons résoudre la difficulté par voie de *libre recherche scientifique* » (3), c'est-à-dire au besoin créer une situation de droit, en dehors de tout contrat, au moyen d'un acte unilatéral, sauf à déterminer à quelles conditions cela est possible en fait?

Nous avons dit combien la notion classique du contrat était modifiée par les *nouvelles notions d'utilité et d'in-*

---

(1) G. Tarde, *Les transf. du droit*, Paris 1893, p. 116-117.

(2) Voy. l'étude de Savigny sur les titres au porteur, in *Le droit des obligations*, traduction Gérardin, t. II, p. 238-280.

(3) Gény. *Mét. d'interpr., op. cit.*, p. 534.

terdépendance sociales, et nous pensons que ce sont ces mêmes considérations qui expliquent et conditionnent les actes unilatéraux. Comme l'a écrit si justement M. Duguit: « L'acte de volonté individuelle produit un effet de droit quand il est un *acte social,* c'est-à-dire quand il a pour but et pour effet de coopérer à l'interdépendance sociale, et ce caractère est tout à fait indépendant de son caractère unilatéral ou contractuel » (1).

Et cependant, malgré la diminution constante du domaine contractuel, certains individualistes ont voulu maintenir leur dogme d'autonomie de la volonté (2); ils ont alors déclaré que la volonté n'était pas génératrice de droit uniquement quand elle se traduisait en un contrat, mais pouvait se réaliser encore et même avec plus de plénitude par des actes issus d'une seule volonté (3). Et ainsi la validation d'une déclaration de volonté serait « la suprême étape dans le sens de l'affranchissement de la volonté humaine » (4). Mais, à y regarder de près, il est manifeste qu'il n'y a là seulement qu'une apparence, et, en réalité, un abandon partiel de la doctrine d'autonomie. Celle-ci, en effet, repose essentiellement sur l'impossibilité de modifier la sphère d'activité d'autrui sans le consentement d'autrui, nul ne pouvant être obligé sans l'avoir voulu (5). Dès lors, le contrat reste la véritable manifestation de la doctrine de l'autonomie; et la déclaration unilatérale

---

(1) Duguit. *Le droit social, op. cit.,* p. 81 en note.

(2) Comp. René Worms, *op. cit., passim.*

(3) Comp. Gény, *Méth. d'int., op. cit.,* p. 533.

(4) Comp. Gounot, thèse citée, p. 72.

(5) Comp. Gounot, *ibid.,* p. 343. « Le vrai motif de l'obligation est alors presque toujours tiré de considérations extrinsèques à la volonté, des suggestions du milieu: intérêt collectif, nécessités objectives du commerce juridique, dommages éventuels à éviter à des tiers ».

de volonté, lorsqu'elle existe véritabement, s'explique plutôt par les raisons d'utilité sociale que nous avons indiquées.

*
**

Ainsi donc, sous les réserves que nous avons faites, et spécialement à la condition qu'elle constitue un « acte social », nous admettons la déclaration unilatérale de volonté comme source indépendante d'obligations. Mais alors nous n'avons pas la prétention de la ramener au type du contrat, car « disparaît peu à peu cette vieille croyance des juristes orthodoxes que seul le contrat peut donner naissance à une situation de droit » (1). Nous pensons que le vieux procédé de la fiction, qui consiste à dire que l'obligation naît comme d'un contrat, « n'est plus de mise aujourd'hui : l'obligation naît parce que la déclaration de volonté, quoique unilatérale, réunit les conditions de l'acte juridique : elle naît toutes les fois qu'il en est ainsi. C'est pour cela, et seulement pour cela, que l'obligation naît d'actes unilatéraux faits par les agents publics et qu'elle naît de plus en plus fréquemment d'actes unilatéraux émanés de simples particuliers » (2).

Ce n'est que dans les cas où réellement la volonté n'est productive d'effets juridiques qu'après avoir été acceptée ou du moins après avoir rencontré une autre volonté, que nous reconnaissons qu'elle n'est pas par elle-même une source d'obligations et se réduit à la source contractuelle.

---

(1) Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*, Alcan, 1922, 3e édit., p. 80.

(2) Duguit, *ibidem*, p. 81 en note.

Nous ne rejetons donc pas entièrement la théorie classique contractuelle, mais il nous semble qu'il faut la réduire à de justes proportions, c'est-à-dire *en limiter l'étendue et la portée,* car, ici encore, en l'absence de tout concours de volontés au moins successif, nous trouvons inutile de recourir au procédé de la fiction de contrat. Il vaut mieux alors reconnaître franchement le caractère d'actes unilatéraux à des actes que l'on est trop naturellement porté à considérer comme des contrats. Et nous croyons pouvoir conclure avec M. Duguit « Voilà les faits: ils sont très simples et je ne sais pourquoi on veut toujours coûte que coûte les faire rentrer dans les cadres étroits et vermoulus de la vieille technique juridique » (1).

SECTION IV

LA LOI ET LA FICTION DE CONTRAT

Il peut paraître téméraire, à première vue, de vouloir rapprocher le contrat et la loi, car ces deux sources de droit sont bien différentes; et cependant, s'il est vrai, en principe, que le contrat est la loi des parties (art. 1134), la loi a été considérée non seulement comme ayant une origine contractuelle, mais même comme reposant très souvent sur un contrat. Nous allons voir que cette origine contractuelle de la loi est en général purement fictive et que les fictions de contrats n'expliquent pas davantage les diverses sortes de lois elles-mêmes.

---

(1) Duguit, *ibid.*, p. 86 *in fine.*

§ 1. LA LOI EN GÉNÉRAL

Pour la doctrine individualiste et libérale, le contrat étant, en définitive, la seule source possible des obligations, toutes les autres sources doivent se ramener au contrat, et la loi est considérée comme une convention tacite entre des êtres libres et égaux qui se commandent à eux-mêmes. En réalité, cette théorie reposant au fond sur le contrat social, c'est celui-ci qu'il y a lieu d'examiner au préalable. L'explication de la société et de l'autorité par une convention n'étant pas soutenable, comme nous allons le rappeler, les décisions qui émanent de cette autorité ne peuvent pas davantage reposer sur une convention; le fondement contractuel de la loi apparaît comme une pure fiction.

Résumons donc dans ses grandes lignes *la théorie du contrat social,* pour bien mettre en relief la part énorme qu'elle fait à la fiction. Cette théorie a été présentée sous des formes quelque peu différentes par Hobbes, Lockes, Spinoza, Rousseau... (1), mais nous nous en tiendrons à la théorie la plus classique et la plus courante, celle de Rousseau.

Les hommes, à l'état primitif de nature, vivaient seuls, isolés et indépendants, sans lien entre eux et sans aucune autorité, naissant et demeurant tous égaux en droits, car la nature ne les fait ni supérieurs ni inférieurs les uns aux autres. Pour mettre fin aux excès qu'engendrait cette liberté, ils songèrent à s'unir et à abdiquer chacun un peu de leur liberté, en apparence

---

(1) Cf. pour Hommes: Le *Leviathan* et le *De Cive;* pour Spinoza, son *Ethica ordine geometrico demonstrata;* pour Rousseau: *Le contrat social.*

tout au moins, car « chacun se donnant à tous ne se donne à personne, a écrit Rousseau, et, comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a » (1). Les hommes auraient donc fait un contrat pour créer la société, un contrat social qui aurait remplacé la loi de nature et qui, en échange de la liberté que chacun sacrifiait à la communauté, donnait à chacun une parcelle de la souveraineté.

Et, ayant renoncé à tous leurs droits en faveur de la nation, celle-ci s'est trouvée investie de tous les pouvoirs. « Dès lors qu'elle veut et ordonne, tous, ayant consenti d'avance sont censés vouloir et ordonner eux-mêmes. Ainsi s'établit l'accord entre les volontés individuelles. Cette volonté collective s'exprime, non par l'unanimité, qui est pratiquement irréalisable, mais par la majorité des suffrages. Les lois que décrète cette majorité est donc l'expression de toutes les volontés, et, en leur obéissant, celles-ci n'obéissent en fait qu'à elles-mêmes; ce qui, selon Rousseau, est la condition de toute obéissance légitime » (2).

Cette théorie du contrat social est certainement une *hypothèse purement gratuite du contrat de société,* une fiction de contrat de société, car ce contrat n'a jamais pu être conclu, tant il est invraisemblable.

D'abord, il suppose à l'origine un état naturel d'indépendance absolue des hommes. Or, il est évident que

---

(1) Cf. J.-J. Rousseau, *Contrat social,* livre I, ch. VI, édition Musset-Pathay. — Voy. encore au même ch. VI, I, 6: « Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune, la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant ».

(2) P. Ch. Lahr. S. J. *Cours de philosophie,* t. II, p. 210.

la vie en société a toujours été indispensable à l'homme et qu'on ne peut concevoir qu'il ait vécu primitivement d'une façon solitaire : preuves tirées du silence de l'histoire et de la tradition, et surtout de l'expérience de chacun de nous (1). Ce contrat apparaît en effet comme « une fiction directement contraire à la vraie nature humaine, car l'homme ayant nécessairement une fin à laquelle il doit tendre ne saurait exister un seul instant sans devoir » (2).

Ensuite, l'impossibilité de former contractuellement la société a été d'autant plus grande que l'on ne conçoit pas que les hommes, vivant indépendants, aient pu s'entendre pour constituer l'assentiment unanime qui était indispensable à la formation du contrat social dont parle Rousseau. Les hommes primitifs n'avaient certainement pas les connaissances juridiques nécessaires pour apprécier la portée de leurs engagements, et les plus forts auraient pu imposer aux plus faibles le contenu du contrat de société, puisque aucune autorité préexistante ne pouvait limiter leur omnipotence. L'organisation sociale primitive n'était pas non plus assez stable et assez avancée, pour permettre aux individus de conclure un contrat d'une telle importance, se résumant dans un acte de prévision constituant une sorte de mainmise sur l'avenir, qui aurait exigé, à l'instant où la société se contractait « que chaque individu sorte de sa sphère spéciale, que tous jouent également le même rôle, celui d'hommes d'Etats et de constituants » (3).

---

(1) Cf. M. Vareilles-Sommières, *Principes fondamentaux du droit*, Paris, Cotillon-Guillaumin, 1889, p. 176, n° 6.

(2) Cf. Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, Alcan, 1905, p. 61, où il considère aussi l'état primitif de nature comme une fiction.

(3) E. Durkheim, *op. cit.*, p. 219.

Rousseau, d'ailleurs, a été encore plus loin. Pour lui, *le contrat social se renouvelle incessamment entre les nouveaux venus sur la terre et les associés survivants.* La génération qui, la première, a consenti la société n'a pu en effet ravir à l'avance l'état de nature aux générations futures. Aujourd'hui, comme dans les premiers âges, chaque individu naît indépendant et ne cesse de l'être que lorsque, expressément ou tacitement, il se donne à tous ses compatriotes en échange du don d'eux-mêmes que ces derniers lui consentent aussi (1). Ainsi, et en résumé, aux yeux de Rousseau, la société civile a pour origine un contrat librement consenti par chaque génération, par chaque individu, auquel les hommes sont portés, non par leur nature, mais par les maux accidentels qui l'ont corrompue et dans lequel chacun se donnant tout entier à tous, abdique et d'après Rousseau, recouvre du même coup sa liberté (2).

C'est cette dernière partie de la théorie de Rousseau qui paraît avoir le plus frappé M. Beaussire qui, reconnaissant probablement toute la faiblesse de la formation du contrat social primitif, a essayé de reprendre la théorie du contrat social, en la justifiant par des considérations basées sur un renouvellement quotidien (3). Pour lui, le contrat social n'est point un con-

---

(1) Cf. Rousseau, *Contrat social*, livre IV, ch. II; voy. aussi Fouillée, *La science sociale contemporaine, op. cit.*, p. 11.

(2) Cf. Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 176, n° 6.

(3) Cf. M. Beaussire, *Les principes du droit*, Alcan, 1888, Introduction, p. 5. « On s'est trompé, écrit-il, pour le contrat social, comme pour l'état de nature, en le plaçant à l'origine des sociétés; la formation des sociétés est plongée dans une nuit impénétrable; nous ne connaissons que les états fondés dans les temps historiques, et jamais, chez aucun peuple, ils ne se sont fondés en vertu d'un contrat effectif unanimement consenti, tel que le suppose la théorie. Un tel contrat ne saurait d'ailleurs obliger ceux qui n'y auraient pas participé; il

trat ancien, conclu une fois pour toutes, qui serait à l'origine de la société et auquel les nouvelles générations adhèreraient; c'est un pacte qui se répète à chaque instant dans le présent et qui se renouvelle sans cesse. Comme l'a écrit lui-même M. Beaussire: « Il y a contrat entre les membres d'une même société; mais *c'est un contrat tacite incessamment renouvelé...* », car « une société ne subsiste en fait que par l'accord constant de tous ses membres » (1).

Or, précisément cette conception de contrat tacite incessamment renouvelé, repose au premier chef sur une fiction de contrat. D'abord, parce que le contrat est tacite, et qu'on le suppose incessamment renouvelé par cela seul qu'il n'est pas ouvertement dénoncé et résolu. En outre, le contrat, étant par définition un accord de volontés engendrant des obligations, suppose comme condition essentielle une durée, si brève soit-elle. Or, le contrat social de M. Beaussire, se renouvelant à tout instant, ne peut pas obliger longtemps ceux qui y sont parties, car « qu'est-ce donc qu'un contrat qui n'oblige pas? » (2).

Et, qui plus est, qu'est-ce qu'un organisme qui doit se créer et se refaire sans cesse, et exige à chaque instant un nouveau consentement spontané et libre de tous ses associés? On conçoit avec peine une société dans laquelle « chacun peut toujours, à ses risques et périls, se séparer de la société », où « chacun peut également, par un appel à la révolte, la menacer dans son existence », où « chacun peut enfin, et c'est le cas le

---

serait sans valeur pour les générations futures. Il n'aurait même qu'une valeur précaire pour les générations présentes, car les mêmes volontés qui ont le pouvoir de former un lien ont le pouvoir de le défaire ».

(1) M. Beaussire, *ibidem*, p. 5.

(2) Cf. M. Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 133.

plus ordinaire, lui mesurer son obéissance et son concours ». Et si, en cas de conflit entre une société et ses membres, la société peut traiter comme des ennemis ceux qui lui résistent et qui cherchent à la dissoudre, et s'il lui appartient « de juger et punir toute violation de ses lois qui se commet sur son territoire » (1), que devient la liberté de contracter des associés que l'on menace de la contrainte, s'ils ne renouvellent pas sans cesse le pacte social? On ne comprend pas comment un contrat ancien pourrait lier les générations futures en vertu d'un nouveau contrat renouvelé à tous les instants, à moins que l'on ne considère les hommes comme ayant consenti par avance, avant même de naître!

Aussi M. Vareilles-Sommières a pu dire, à juste titre, que M. Beaussire prend pour une convention perpétuellement renouvelée la bonne volonté de la presque unanimité des citoyens à se prêter à l'exécution des lois et à exécuter volontairement les obligations qui pèsent sur eux. « La société civile, a-t-il écrit, ne pourrait pas fonctionner sans cette bonne volonté que la plupart de ses membres apportent dans l'accomplissement de leurs devoirs » (2).

Nous conclurons donc avec M. Durkheim: « La conception du contrat social est aujourd'hui bien difficile à défendre, car elle est sans rapport avec les faits. L'observateur ne la rencontre pour ainsi dire pas sur son chemin. Non seulement il n'y a pas de sociétés qui aient une telle origine, mais il n'en est pas dont la structure présente la moindre trace d'une organisation contractuelle. Ce n'est donc ni un fait acquis à l'histoire, ni

---

(1) Comp. Beaussire, *op. cit.*, introd. p. 5, et Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 135.

(2) Cf. M. Vareilles-Sommières, *op. cit.*, chap. XIX, p. 135.

une tendance qui se dégage du développement historique » (1).

L'origine de la société et de l'autorité n'est donc nullement un contrat, comme l'ont affirmé tous les partisans du contrat social. Et d'ailleurs Rousseau lui-même n'a-t-il pas reconnu, dans son *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes,* qu'il ne fallait pas prendre « les recherches dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels, plus propres à éclairer la nature des choses qu'à nous montrer leur véritable origine, et semblables à ceux que font tous les jours nos physiciens sur la formation du monde ». En réalité, l'hypothèse de toute convention arbitraire doit être écartée, il faut absolument se dépouiller de tout artifice, car il n'y a qu'un postulat juridique qui en rien ne peut être assimilé à un contrat. L'homme, être éminemment sociable a toujours vécu en société et la société est un fait essentiellement naturel qui dès lors répudie toute ficton de contrat (2).

Et, par voie de conséquence, si les hommes n'ont pas eux-mêmes créé l'autorité et n'assurent pas son existence de tous les instants par leur consentement continuellement renouvelé, quand la loi les commande ils ne sont pas censé se donner des ordres à eux-mêmes et obéir à leurs propres volontés. La loi n'est pas un contrat, ni réel ni fictif, elle est au-dessus du contrat comme *un impératif catégorique qui s'impose par voie générale et permanente.*

(1) Durkheim, *op. cit.*, p. 220.

(2) Comp. Duguit, *Les Transformations, op. cit.*, p. 18: « L'homme isolé et indépendant est une *pure fiction;* il n'a jamais existé. L'homme est un être social; il ne peut vivre qu'en sociéét: il a toujours vécu en société ».

Si néanmoins on veut persister à voir dans la souveraineté une part de fiction, ce n'est pas de fiction spéciale de contrat dont il faut parler, mais de fiction générale au sens où M. Cruet l'entendait quand il écrivait, envisageant la nécessité de considérer le droit comme une question de fait : « Sans doute, la notion de souveraineté n'est pas privée de toute vertu pratique ; si elle est une fiction, elle est assurément, dans un certaine mesure, *une fiction d'utilité sociale* » ; et il précisait en disant que sa formation est née « d'un désir commun, et d'ailleurs légitime, celui d'être aveuglément obéi, sans avoir besoin d'user de la contrainte matérielle » (1).

§ 2. LES DIVERSES SORTES DE LOIS

Il est naturel que la théorie classique ait voulu voir des volontés et des contrats dans les diverses sortes de lois existantes puisqu'elle n'admet pour la loi en général que l'explication contractuelle. Nous allons nous en rendre compte en examinant successivement les lois interprétatives, les lois impératives et les lois privées.

1° *Les lois interprétatives*

Dans la théorie la plus courante et la plus communément admise, tandis que les lois impératives ou d'ordre public sont les lois elles-mêmes qui s'imposent à la volonté des parties, soit qu'elles commandent, soit qu'elles

(1) Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1920, Introduction, IV, p. 8.

défendent, les lois interprétatives, au contraire, ne sont pas des lois à proprement parler (1). Elles ont pour objet de réglementer des situations juridiques à défaut de volontés formellement exprimées, elles se bornent à permettre sans rien ordonner d'une façon absolue; aussi les appelle-t-on *facultatives, permissives ou encore déclaratives.* On les considère comme interprétant la volonté des parties qui sont censées avoir voulu tacitement ce que décide la loi, bien qu'elles n'aient rien dit et justement à cause de leur silence. Les parties sont donc présumées avoir eu des volontés et avoir fait des contrats, alors qu'il n'en est rien (2). *Il y a alors une différence assez nette entre les deux sortes de lois:* la loi impérative donne des ordres aux parties et leur impose sa volonté, c'est elle qui commande; la loi interprétative, au contraire, interprète la commune intention des parties, elle fait leur volonté. La première ordonne à proprement parler et parle en souveraine, la seconde s'incline devant les désirs des parties et leur obéit. Bref, l'une est la loi proprement dite dans toute sa majesté; l'autre, c'est la volonté des parties présumée, le contrat à l'état de fiction.

Les présomptions de volontés et les fictions de contrats qui, pour la théorie classique, sont à la base des lois interprétatives (3) se révèlent dans des cas où il a été fait un contrat et dans des cas où il n'en a pas été fait du tout.

---

(1) Sur la classification traditionnelle des lois en lois impératives et lois interprétatives, cons.: Gény, *Mét. d'int., op. cit.*, p. 524 s.; Dereux, thèse citée, 386 et 461; Gounot, thèse citée, 89 s.

(2) Cela est vrai de toutes les déclarations de volontés qui ont pour but de créer, modifier ou éteindre des droits ou des obligations, mais comme le contrat demeure de beaucoup le plus important des actes juridiques, c'est surtout le contrat que nous avons en vue dans cette étude.

(3) Comp. G. Morin, Le Crédit, II, « Le Contrat », in *La vie juridique du Français*, introduction à l'étude philosophique et pratique du droit, Paris, Rousseau, 1909, p. 47-49.

Et d'abord quand il n'a pas été fait en réalité de contrat: la fiction est alors aussi complète que possible, puisqu'elle crée un contrat qui n'existait dans aucun de ses éléments; c'est le cas de la communauté légale où les époux qui n'ont fait aucun contrat de mariage sont censés avoir fait de toutes pièces un contrat adoptant la communauté; la loi assimile la situation de fait, où ils n'ont pas fait de contrat, à la situation de fait où le contrat aurait été fait, il y a donc construction intégrale d'un contrat.

D'autre part, la fiction peut exister même quand il a été fait un contrat. Elle ne porte plus alors, sur la création même du contrat qui, par hypothèse, préexiste, elle est relative aux *conséquences juridiques* de ce contrat qui n'ont pas été prévues expressément dans son texte. Ici les parties ont fait un contrat, mais n'ont pas déterminé toutes les conséquences qui en découleront; celles qu'elles ont réglementées se dérouleront selon leurs volontés, quant à toutes les autres qu'elles n'ont point fixées, elles seront régies différemment suivant que la loi s'en sera occupée ou non.

Si la loi a prévu ces effets, — par exemple quand les parties ont fait une vente, un louage, sans déterminer le contenu intégral des diverses obligations, ou bien un contrat synallagmatique imparfait (dépôt, gage, commodat) qui deviendra parfait par la formation d'obligations de paiement de dépenses ou d'indemnités pour vices de la chose — ils seront réglés par elle, et la fiction consistera en ce que les parties seront censées avoir tacitement accepté la réglementation légale (1).

---

(1) Et il en sera ainsi aussi bien des effets proprement dits des contrats que de leurs suites. Sur la *distinction des effets et des suites*, cons. Fœlix, L, II, t. I, s. d: les effets des contrats « dérivent de la nature même de l'acte ou de l'exercice du droit établi par cet acte; ce sont les droits et obligations que les parties ont positivement entendu créer, les droits et les obligations inhérents au contrat... », et

Si la loi n'a rien dit, alors il n'y a qu'un texte, le texte du contrat. Les parties seront considérées comme ayant voulu tout ce qui découlera du contrat par voie d'interprétation logique et déductive de leur texte suivant la méthode d'interprétation classique. Aussi, les obligations produites par leur contrat seront les unes contractuelles quand elles les auront spécialement réglementées, les autres fictivement contractuelles seulement quand elles ne les auront pas prévues expressément.

Bref, dans la théorie traditionnelle les lois interprétatives s'expliquent par des volontés tacites et des contrats fictifs qui sont religieusement respectés, au point que l'on finit par se convaincre qu'ils sont les supports indispensables de toutes les institutions juridiques et sociales qui, sans eux, ne pourraient exister; ils transforment ainsi les volontés implicites en volontés déclarées. Bien plus, toute loi doit être considérée comme simplement interprétative jusqu'à preuve du contraire, car, dans le doute, il faut toujours faire triompher la liberté contractuelle. Il y a donc une présomption générale en faveur de l'autonomie de la volonté qui doit subir aussi peu de restrictions que possible (1).

Toute cette théorie des lois interprétatives ne nous paraît pas très exacte, et il nous semble que, pour la juger sainement, il faut reconnaître tout d'abord avec M. Durkheim cette vérité fondamentale que « *tout n'est pas contractuel dans le contrat.* Les seuls engagements qui méritent ce nom sont ceux qui ont été voulus par

---

les suites comprennent « les obligations ou les droits que le législateur fait naître à l'occasion de l'exécution de l'acte ou du droit; elles sont plutôt le résultat des faits qui leur donnent occasion que du contrat lui-même. »

(1) Cf. Pillet, *De l'ordre public en dr. int. privé*, 1890, p. 18.

les individus et qui n'ont pas d'autre origine que cette libre volonté. *Inversement, toute obligation qui n'a pas été mutuellement consentie n'a rien de contractuel.* Or, partout où le contrat existe, il est soumis à une *réglementation qui est l'œuvre de la société* et non celle des particuliers et qui devient toujours plus volumineuse et plus compliquée » (1).

Nous ne nous occupons ici, bien entendu, que de la loi dite interprétative et non de la loi impérative, puisque nous parlerons de celle-ci plus loin; d'autant plus que ce que nous voulons établir au sujet de la première est vrai à fortiori de la seconde. Nous voulons simplement montrer que, s'il est vrai qu'il n'y a peut-être pas de contrat où il n'y ait quelque chose de non contractuel, tout ce qui dans le contrat n'est pas contractuel n'est pas nécessairement fictivement contractuel au sens où les parties seraient censées avoir contracté, mais résulte d'une réglementation qui est d'origine extra ou supra-contractuelle et en quelque sorte d'origine sociale (2).

En fait, il n'est pas possible aux parties de prévoir et de fixer toutes les conséquences complexes qui peuvent éventuellement dériver des multiples contrats dont sont tissées la plupart de nos relations avec autrui, pas plus d'ailleurs que d'escompter la réalisation d'un accord pour la solution de toutes les difficultés qui se présenteront et où elles auront vraisemblablement des intérêts opposés et inconciliables; aussi faut-il se résigner à admettre l'existence d'un droit contractuel préétabli par la loi.

Et « *ce droit contractuel,* a écrit M. Durkheim, est là qui détermine les conséquences juridiques de nos actes

(1) Durkheim. *De la division du travail social, op. cit.*, p. 230.
(2) Cf. Durkheim, *op. cit.*, p. 235.

que nous n'avons pas déterminées. Il *exprime les conditions normales de l'équilibre, telles qu'elles se sont dégagées elles-mêmes et peu à peu de la moyenne des cas.* Résumé d'expériences nombreuses et variées, ce que nous ne pouvons prévoir individuellement y est prévu, ce que nous ne pouvons y régler y est réglementé, et cette réglementation s'impose à nous, quoique elle ne soit pas notre œuvre, mais celle de la société et de la tradition. Elle nous astreint à des obligations que nous n'avons pas contractées, au sens exact du mot, puisque nous ne les avons pas délibérées, ni même parfois connues par avance. Sans doute, l'acte initial est toujours contractuel; mais il a des suites, même immédiates *qui débordent plus ou moins le cadre du contrat.* Nous coopérons parce que nous l'avons voulu, mais notre coopération volontaire *nous crée des devoirs que nous n'avons pas voulus* » (1).

Qu'est-ce à dire, en somme, sinon qu'il n'est pas possible de considérer les parties comme étant censées avoir contracté et déterminé elles-mêmes tous les effets qui résulteront du droit des contrats réglementé par le législateur lui-même? Et ceci est d'autant plus vrai que ce droit des contrats joue un rôle de tout premier plan. Nous ne saurions d'ailleurs mieux faire que de citer encore M. Durkheim à ce sujet: « Ce n'est plus simplement un complément utile des conventions particulières, écrit-il, c'en est la norme fondamentale. S'imposant à nous avec l'autorité de l'expérience traditionnelle, il constitue la base de nos rapports contractuels. Nous ne pouvons nous en écarter que partiellement et accidentellement. La loi nous confère des droits et nous assujettit à des devoirs *comme dérivant de tel acte de notre volonté.* Nous pouvons, dans certains cas,

(1) Cf. Durkheim, *op. cit.*, p. 234.

faire l'abandon des uns ou nous faire décharger des autres. Les uns et les autres n'en sont pas moins le type normal des droits et des devoirs que comporte la circonstance et il faut un acte exprès pour le modifier. Aussi les modifications sont-elles relativement rares; en principe c'est la règle qui s'applique; les innovations sont exceptionnelles. Le droit des contrats exerce donc sur nous une action régulatrice de la plus haute importance puisqu'il prédétermine ce que nous devons faire et ce que nous pouvons exiger. C'est une loi qui peut être changée par la seule entente des parties; mais, tant qu'elle n'est pas abrogée ou remplacée, elle garde toute son autorité, et, d'autre part, nous ne pouvons faire acte de législateur que d'une manière très intermittente. *Il n'y a donc qu'une différence de degré* entre la loi qui règle les obligations qu'engendre le contrat et celles qui fixent les devoirs des autres citoyens » (1).

C'est reconnaître que ce fameux droit contractuel que constitue la loi interprétative est tout près d'être, en fait, le plus souvent un véritable droit impératif qui par conséquent n'a que faire des volontés probables des parties. Et cependant, si nous voulons pousser encore plus avant notre analyse, nous pouvons nous arrêter un moment, avec une certaine doctrine, à l'examen de *la distinction faite, parmi les lois interprétatives de deux sortes de lois: les lois purement interprétatives ou supplétives et les lois proprement dispositives* (2). Sans doute, la difficulté de classer toutes les lois non

---

(1) Durkheim, *op. cit.*, p. 234-235.

(2) Comp. sur cette distinction: Gény, *Science et technique*, t. III, n° 210, p. 141, et n° 237, p. 341-346; *Méth. d'interpr., op. cit.*, 1899, p. 524 et suiv. et 2e édit., 1919, t. II, p. 153; — Saleilles, *Décl. de vol.*, 1901, p. 194 et suiv.; et *Introd. à l'étude du dr. civil allemand*, 1904, p. 45 et suiv.; — Cf. aussi Dereux, thèse citée, p. 391 et 463, et Gounot, thèse citée, p. 97 et 189.

impératives en deux catégories peut paraître grande, mais si nous rappelons cette distinction, c'est uniquement pour mieux préciser l'étendue de la fiction de contrat.

Les lois supplétives seraient fondées principalement sur des présomptions générales de volontés, les lois dispositives reposeraient davantage sur des considérations d'équité et d'intérêt général et sur le principe de l'équilibre des intérêts en présence (1). Elles ne feraient pas toutes également la volonté des parties: les unes, les lois dispositives, s'appliquant toujours en principe à moins de dérogations spéciales et très expressément formulées; les autres, les lois supplétives, ne s'appliquant qu'en l'absence de toute dérogation tacite, c'est-à-dire lorsque la recherche d'intention des parties est devenue tout à fait infructueuse et qu'il a été absolument impossible de découvrir un embryon quelconque de contrat (2).

Mais les *lois dispositives,* par cela même qu'elles ne s'appliquent qu'en l'absence de toute dérogation expresse, se rapprochent singulièrement des lois impératives, car, toutes les fois que les parties n'ont pas pris la peine d'exprimer formellement leurs volontés, nous ne croyons pas qu'il soit intervenu entre elles une sorte de contrat tacite conforme aux dispositions de la

---

(1) Gény, *Méth. d'interpr., op. cit.,* p. 524 et suiv.

(2) Cf. Saleilles, *La déclar. de volonté,* p. 206 et suiv., qui écrit: *Pour les règles supplétives stricto sensu:* « La réglementation légale est écartée par toute preuve de volonté contraire, faite par tous les modes d'interprétation du droit commun, sauf la prétendue preuve qui résulterait d'une simple probabilité, et par suite d'une simple présomption du juge, et qui laisse subsister un doute, par conséquent, dans l'existence de cette disposition contraire ». *Pour les règles dispositives:* « Il semble, dit-il, qu'il faille pour les écarter une disposition spécialisée, autrement dit, il faut que les parties aient spécialement prévu la question et qu'elles aient entendu la résoudre ».

loi ; nous craignons fort que le plus souvent elles n'aient pensé à rien et n'aient rien conclu du tout. « C'est bien d'autorité, a écrit M. Gény, et par décision propre que le législateur édicte ces règles dispositives ; et s'il s'inspire, pour les arrêter, de la volonté probable des intéressés, il ne s'agit pas d'une volonté concrète considérée dans la personne individuelle de ceux-ci, mais plutôt d'une *volonté abstraite,* évaluant en bon sens les intérêts en jeu et mesurée sur l'opinion commune du public en général » (1).

Et, quant aux *lois supplétives,* que le juge ne doit appliquer que comme solution ultime, quand il lui a été absolument impossible de découvrir dans toutes les circonstances de la cause un indice sérieux de volonté contraire, est-il bien exact d'affirmer, parce qu'elles assurent le respect, poussé jusqu'à la présomption, des volontés individuelles, et aussi ne s'imposent pas avec la même force que les lois dispositives, qu'elles reposent sur *le principe de l'autonomie des volontés?* Nous admettons facilement qu'elles supposent ce principe d'autonomie, puisqu'elles permettent aux volontés individuelles leur libre et complet essor ; mais, à notre sens, elles ne reposent pas sur ce principe, car, si on le remarque bien, les lois dites supplétives ne s'appliquent précisément que lorsqu'il a été absolument impossible de découvrir une dérogation tacite quelconque se dégageant de l'ensemble des éléments de la cause et permettant d'établir une présomption de volonté. Il est donc évident, lorsque le juge se décidera à appliquer ces lois, qu'il n'a pu arriver à découvrir le moindre élément volontaire pouvant servir de base à un contrat même tacite et qu'alors elles n'ont rien de contractuel.

---

(1) Gény, *Science et technique,* t. III, n° 237, p. 343-344. — Cf. aussi Gény, *Méth. d'interpr., op. cit.,* p. 524.

« Le législateur, écrit encore M. Gény, supplée à la volonté défaillante suivant des vues d'intérêt général et de bien commun » (1).

Aussi dirons-nous avec M. Saleilles: « Il n'y a pas d'interprétation légale de la volonté des parties. *Dire que la loi interprète par avance une déclaration de volonté est un pur non sens ou tout au moins une fiction qui ne se défend plus.* Il n'y a pas d'interprétation abstraite d'un fait concret » (2). La loi interprétative est plutôt *une partie du droit objectif et s'applique tanquam lex publica,* car elle traduit « l'orientation qui est la plus conforme à la conscience juridique de la collectivité et aux exigences de l'équité et de la justice sociale » (3).

2° *Les lois impératives*

L'individualisme ne s'est pas contenté, d'ailleurs, d'expliquer les lois interprétatives par la fiction, il a introduit aussi la fiction dans les lois véritablement impératives, où il a voulu voir encore des volontés et des contrats. Ici, encore plus, il est évident qu'il y a des présomptions de volontés (4) et des fictions de contrats, cette tendance s'étant surtout affirmée en matière contractuelle.

Pour cette doctrine, la liberté de l'homme est le fait fondamental d'où tout part et où tout doit tendre; elle ne connaît d'autre limite que la liberté d'autrui, car la liberté de chacun finit là où commence celle de

(1) Cf. Gény, *Science et technique,* t. III, n° 237, p. 344.

(2) Saleilles, *Déclar. de volonté, op. cit.,* p. 204-205.

(3) Saleilles, *Introd. à l'étude du droit civil allemand,* 1904, p. 51.

(4) Voy. les présomptions légales dans le droit impératif et notamment en matière d'incapacités, Gény, *Sc. et tech.,* t. III, n° 238, p 346-356.

son semblable (1). Et le rôle de la loi impérative et de la loi d'ordre public serait précisément de tracer ces limites et de les déterminer pour empêcher des empiètements réciproques; elle assurerait l'exercice normal et le plus complet épanouissement des volontés individuelles, dont elle serait la sauvegarde. Ainsi, la loi impérative aurait pour objet de protéger la formation des contrats. M. Charmont, résumant la conception traditionnelle du droit, a écrit: « La loi se borne à déterminer la sphère d'activité de chacun, elle impose des limites pour rendre possible la vie sociale, mais dans ces limites qui nous sont assignées, notre liberté reste entière; rien ne gêne notre activité, nous pouvons faire ce qu'il nous plaît dans la mesure de notre droit. Et s'il en résulte un dommage pour autrui, nous ne sommes pas tenus de le réparer » (2).

Il y a plus, et le dogme contractuel s'est insinué encore plus profondément dans la loi impérative au point de la faire considérer comme un véritable contrat. Il nous suffira de citer comme exemples *les voies d'exécution et le droit pénal* qui contiennent des dispositions d'ordre public impératives au premier chef, et pour lesquelles M. Fouillée écrit dans la *Science sociale* (3): les voies d'exécution forcée sont « un ensemble de con-

---

(1) C'est ce que Kant a appelé la coexistence des libertés, dans les *Principes de métaphysique du droit.* Voy. aussi l'art. 4, de la *Déclaration des droits de l'homme,* d'où il résulte que l'activité de chacun a pour mesure et pour fondement la protection des droits de tous. Voy. aussi Fouillée, *Science sociale contemporaine,* Alcan, 2e édit., 1885, p. 264.

(2) Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique, op. cit.,* p. 90.

(3) Cf. Fouillée, *Science soc., op. cit.,* p. 267 et 321; — Cf. aussi Fichte, *Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française de* 1793, trad. Barni, p. 87, pour qui le concept de contrat est le support juridique de tout le droit public et privé. Mais voy. le jugement sévère porté sur Fichte par Ihering, *Zweck in Recht,* trad. Meleunaere, p. 377.

traintes extérieures réciproques et contractuelles », les mesures exécutives sont au fond « des voies de liberté », le droit pénal ne contient « rien d'injuste parce qu'il n'y a rien là en définitive de contraire à ma volonté. Lorsque les lois me contraignent c'est moi qui me contrains par elles, c'est ma volonté antérieure qui réprime ma volonté présente ».

Ainsi donc, la volonté et le contrat sont introduits partout, car ils sont considérés comme la grande explication qui doit tout éclairer et doit suffire à tout. Mais c'est là, à n'en pas douter, une extension excessive du Principe de l'Autonomie de la volonté; les dispositions impératives et celles d'ordre public s'expliquent en réalité par des *raisons d'intérêt général du commerce juridique et d'utilité sociale*. Car, comme l'a écrit M. Gény, « les règles juridiques, statuant dans un domaine supérieur aux intérêts privés, ne peuvent être ramenées à l'expression généralisée des volontés particulières, mais tendent plutôt à brider ces volontés et constituent un droit nettement impératif ou prohibitif » (1).

D'une part, leur rôle n'est pas uniquement de protéger les volontés individuelles, mais de sauvegarder d'autres intérêts plus élevés, ceux des tiers, de la famille et de la société; et, à ce titre, elles constituent un *impératif juridique*. Il en est ainsi, par exemple, pour le mariage, de la solennité de la célébration et de l'immutabilité des conventions matrimoniales; pour les prêts à intérêt, des lois sur l'usure; et pour les aliénations des clauses d'inaliénabilité (2).

Et, d'autre part, on ne comprend pas que les lois aussi impératives que les voies d'exécution et le droit pénal puissent reposer exclusivement sur la volonté de

---

(1) Gény, *Science et tech.*, t. III, n° 238, p. 346.
(2) Cf. Gounot, thèse citée, p. 100.

la contrainte et du châtiment. « Cela fait songer au mot de Martine battue par Sganarelle : et je veux qu'il me batte moi... il me plaît d'être battue » (1).

« En d'autres termes le concept de liberté tel que l'a élaboré l'individualisme classique est un concept essentiellement abstrait, purement formel, vide de tout contenu expérimental, donc indépendant de toute condition de temps et de lieu. La science juridique individualiste est par suite toute faite d'affirmations rigides et de dogmes à priori ». Partout l'on présume des volontés, l'on feint des contrats, et « sous ces influences, le droit s'éloigne de la vie » (2). Il faut ici encore rejeter tous artifices inutiles et reconnaître à la loi son véritable domaine.

Toutes les fois qu'il ne sera pas possible aux parties de s'entendre pour déroger sur certains points aux dispositions légales, il faudra conclure que celles-ci sont véritablement impératives. Et il en sera ainsi, par exemple, de toutes les règles qui déterminent les conditions d'existence et de validité des contrats, qui font découler d'office certaines obligations de divers contrats, fixent les modes de preuve, la nature des actions auxquelles donnent droit les contrats et les délais dans lesquels elles doivent être intentées; et il en sera de même des dispositions qui « obligent non seulement à ce qui est exprimé dans les contrats, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (art. 1135 du Code civil) et aussi des dispositions qui invitent le juge à suppléer dans les contrats « les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées » (article 1160).

---

(1) Gounot, *ibidem*, p. 63.
(2) Gounot, *ibid.*, p. 103.

Dans tous ces cas, comme l'a montré M. Durkheim (1), l'action sociale ne se manifeste pas seulement par le refus de reconnaître un contrat formé en violation de la loi, mais par une intervention positive dans le contenu de certains contrats qui se trouvent de ce fait donner naissance à des obligations qui n'ont pas été contractées.

3° *Les lois privées*

Enfin, la doctrine individualiste, étendant toujours à l'excès le domaine contractuel, persiste à considérer comme des contrats des situations juridiques nouvelles qui ne sont pas de véritables contrats, mais qui, par la plupart de leurs caractères, se rapprochent de la loi, et que nous appellerons des *Lois Privées* (2).

Les différences existant entre la loi proprement dite et le contrat vont, en effet, en s'atténuant progressivement comme on va le voir.

D'une part, l'Etat révèle son impuissance, car la loi statuant par voie générale et impersonnelle ne peut plus réglementer les rapports de la vie sans cesse changeants et de plus en plus complexes, elle devrait être continuellement refaite, ce qui est impossible. Les caractères de la loi, quoiqu'ils demeurent encore importants et ne s'effacent pas, se sont cependant estompés avec le temps et ont perdu de leur tranchant. *La loi*

(1) Cf. Durkheim, *op. cit.*, p. 231 et 232.

(2) Voy. notamment sur les lois privées, Demogue, *op. cit.*, p. 567 et suiv. Nous entendons ici la loi privée par opposition à la loi publique. C'est la prescription établie par des groupements particuliers exerçant une sorte de pouvoir réglementaire, si l'on veut bien reconnaître que l'Etat et ses représentants à tous les degrés de la hiérarchie n'ont pas le monopole exclusif des dispositions par voie générale. La loi publique, au contraire, n'est pas exclusivement la loi constitutionnelle, organique ou de droit pubic, mais la loi proprement dite, c'est-à-dire celle émanant directement du pouvoir législatif.

s'humanise; elle n'est plus aussi permanente, aussi générale et aussi souveraine; elle devient souvent temporaire, elle est appelée à régir les professions et les régions, et il n'est pas jusqu'à sa souveraineté qui ne se trouve atteinte par les ruses que l'on invente tous les jours pour la tourner et éluder ses prescriptions.

Et, d'autre part, *le contrat acquiert plus de vigueur,* il s'étend directement ou indirectement à un plus grand nombre de personnes, il devient plus fort et de plus longue durée. Par une ascension remarquable, il s'élève peu à peu au-dessus du rôle particulier et inférieur qu'il remplissait, en acquérant un certain degré de permanence, de généralité et de souveraineté. Il n'est plus simplement lui-même, il devient une convention réglementaire, une sorte de règlement privé. Et s'il ne peut malgré tout devenir la Loi, la « *Lex Publica* », il aspire de plus en plus à devenir une *véritable Loi Privée,* une « *Lex Privata* » (1), parce que, à la façon de la loi ordinaire, il tend à réglementer des rapports privés de plus en plus considérables.

Ce contrat d'un genre nouveau, la vie courante nous le révèle sous des formes diverses: conventions constitutives de vastes groupements, comme les sociétés par actions, conventions corporatives ayant pour objet de réglementer l'exercice de telle ou telle profession, cartels ou trusts liant fabricants et producteurs, conventions collectives de travail ou encore contrats d'adhésion.

Les *conventions collectives de travail* qui, à la différence des contrats d'équipe, ont pour but d'établir les cadres dans lesquels devront en quelque sorte venir s'enchâsser les contrats individuels, ne sont-elles pas

---

(1) Cf. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé, op. cit.,* p. 583 pour la convention réglementaire; p. 592 pour le règlement privé, et p. 567, pour la loi privée.

de véritables chartes ou règlements corporatifs, sans doute de nature contractuelle par leur origine et leur formation, mais devenant immédiatement des lois d'ordre privé (1) ou des lois d'industrie (2), auxquelles il est impossible en fait de se soustraire?

Les *contrats d'adhésion,* dont le domaine va grandissant, ne sont pas davantage de véritables contrats classiques, mais plutôt, pour partie tout au moins, des actes unilatéraux auxquels les tiers viennent ensuite adhérer.

C'est pourquoi nous croyons tout aussi excessif de parler de contrats d'adhésion que de conventions collectives. Ces deux expressions contiennent des contradictions en elles-mêmes et dans leurs termes. D'une part, qui dit contrat dit liberté et égalité des contractants; or, dans le contrat d'adhésion, l'un d'eux ne contracte pas véritablement, puisqu'il accepte la volonté de l'autre sans la discuter. Et d'autre part, pour les conventions collectives, comme l'a dit fort justement M. Duguit, « le contrat est par nature et par définition chose essentiellement individuelle...; contrat et caractère collectif dont deux éléments qui s'excluent » (3).

Ainsi, *la véritable nature de toutes ces sortes de conventions nous paraît mixte, elle tient à la fois du contrat et de la loi.* Elle est contractuelle, parce qu'il y a accord des parties pour certaines clauses, ou tout au moins pour le principe même de la conclusion de la convention; elle est légale, parce que disposant par voie générale et impérative (4), à la façon de la loi proprement

---

(1) Cf. M. Nast, « De la nature juridique des conventions relatives à l'organisation du travail, in *Rev. critique,* 1908, p. 536.

(2) Cf. M. Pirou, *Les conceptions juridiques successives du contrat de travail en France,* thèse Rennes, 1909, p. 434.

(3) Duguit, *Les transformations, op. cit.,* p. 126.

(4) Cf. Duguit, *Droit constitutionnel, op. cit.,* n° 29, p. 89. Les deux caractères essentiels de la loi sont bien, en effet, la disposition par voie générale et le caractère impératif.

dite, la liberté des parties est peu prise en considération et se trouve réduite à l'acceptation ou au refus des règlements préétablis.

Comme on le voit, le phénomène contractuel tend à s'atténuer à l'heure actuelle, et la loi, c'est-à-dire la disposition par voie générale et impérative, à agrandir son empire. On ne saurait cependant vider les conventions nouvelles de tout contenu contractuel, car elles sont, si l'on veut, des contrats et quelque chose de plus. L'homme n'est plus obligé uniquement lorsqu'il a lui-même voulu, ou lorsqu'il est contraint d'obéir à la loi d'Etat, émanée du législateur politique ou parlementaire; il est obligé par une sorte de loi privée, émanée de collectivités puissantes qui ont acquis une autorité suffisante pour commander et exercer elles-mêmes une sorte de pouvoir législatif dans leurs propres domaines (1).

Et cela suffit pour constater la dégradation continue que subit le contrat classique et affirmer qu'il n'est plus qu'une ombre, une fiction de lui-même, dans la mesure où il devient le support de la loi privée.

***

Nous conclurons par ces lignes qu'écrivait M. Duque subit le contrat classique et affirmer qu'il n'est sion d'une volonté générale qui n'existe pas, ni de la volonté de l'Etat qui n'existe pas davantage, mais de la volonté de quelques hommes qui la votent: « Voilà

---

(1) Comp. M. Morin, *La révolte des faits, op. cit.*, p. 194: « A l'heure actuelle, en effet, une sorte de mouvement centrifuge se dessine et le pouvoir central tend à se désagréger au profit des groupements économiques ».

le fait. En dehors de là, il n'y a que fictions et formules vaines; nous n'en voulons plus » (1). Nous ne voulons plus, en effet, *pour les sources des obligations*, de l'explication *exclusivement* contractuelle de la doctrine individualiste; nous croyons avoir suffisamment démontré qu'en faisant une énorme part à la fiction de contrat, elle n'était souvent qu'une fiction d'explication.

Nous allons étudier maintenant le rôle joué par la fiction de contrat comme *moyen de technique juridique:* ce sera l'objet du chapitre suivant.

---

(1) Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat, op. cit.*, p. 52.

CHAPITRE II

La Fiction de Contrat dans la Technique du Droit

Dans son acception générale, la technique est l'ensemble des procédés d'un art ou d'un métier; et, au point de vue plus spécialement scientifique, elle est « *l'habileté à adapter des moyens à des fins déterminées* » (1). « L'art le plus humble a sa technique », a écrit Ihering (2), et le droit doit aussi avoir la sienne, car le droit existe pour se réaliser. « La réalisation est la vie et la vérité du droit; elle est le droit lui-même. Ce qui ne passe point dans la réalité, ce qui n'existe que dans les lois et sur le papier, ce n'est qu'un fantôme du droit, ce ne sont que des mots » (3).

Et Ihering précisait la notion de technique juridique quand il écrivait : « Le but de la technique est de pure forme. La question qu'elle est appelée à résoudre se

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 53.

(2) Ihering, *Espr. du droit rom. tr. fr.*, *op. cit.*, t. III, p. 14.

(3) Ihering, *ibidem*, p. 15, « Sur la réalisabilité formelle ou la praticabilité du droit, objet capital de la technique, *ibidem*, t. III, p. 16-26 et voy. aussi t. I, p. 48-56.

pose dans les termes suivants: Comment le droit, abstraction faite de son contenu, doit-il être organisé et établi pour que son mécanisme simplifie, facilite et assure le plus largement possible l'application des règles du droit aux cas concrets ». Et plus loin: « En définitive, il s'agit d'une question d'opportunité: la reconnaissance et la poursuite de l'opportunité dans la réalisation du droit, voilà l'objet de toute la théorie de la technique » (1).

Ihering avait ainsi mis en relief la notion de technique juridique dont Savigny (2) n'avait donné qu'une notion assez vague en la considérant simplement comme l'élaboration scientifique du droit par le juriste. Cependant, et avec juste raison, des jurisconsultes contemporains éminents ont encore essayé de mieux saisir cette notion de technique du droit, afin de la présenter de façon plus précise.

M. Cuq a considéré la technique juridique comme « un ensemble de procédés destinés à assurer l'application du droit de la manière la plus rapide et la plus complète » (3).

M. Nast, comme « l'ensemble des moyens par lesquels on peut faciliter la réalisation des phénomènes économiques et sociaux dans le domaine juridique, on peut adapter le droit à la vie, on peut donner, en un mot, à l'organisation des intérêts humains, une armature juridique (4).

M. Démogue a vu dans la technique du droit, « l'étude

---

(1) Ihering, *ibid.*, t. III, p. 18.

(2) Cf. Savigny, *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814-1815; 4e édit., 1892, p. 8, 12 et 27.

(3) Cf. M. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891, 1re édit., t. I, p. 717.

(4) Cf. M. Nast, « Le problème de la personnalité juridique », in *Rev. crit. de législ. et de jur.*, 1911, nouv. série, t. XL, p. 546.

qui a pour objet de reconnaître les voies par lesquelles une règle idéale de conduite obtient les caractères de la positivité et se transforme en une règle juridique obligatoire » (1) ; et il l'a définie : « Un ensemble de procédés de réglementations, de déductions, pour assurer la réalisation pratique du droit, pour descendre des hautes sphères de la philosophie solidariste aux zones inférieures des difficultés journalières » (2).

Mais ces diverses conceptions de la technique juridique n'ont pas paru encore assez nettes et surtout assez précises à M. Gény. Pour lui, le droit ayant à la fois une matière et une forme (3) comme toutes les institutions sociales, son élaboration doit tendre non seulement à connaître les données (4) de « l'irréductible droit naturel » (5), pour établir les éléments fondamentaux du droit et les fins mêmes à réaliser, mais aussi à faire œuvre constructive, en vue de rechercher les procédés et les moyens les plus aptes à atteindre ces fins. « D'après cela, écrit-il, la technique juridique me paraîtrait représenter le côté artificiel de l'édifice du droit, ce qui en est proprement construit, par opposition à ce qui en est donné » (6). Elle consisterait dans l'adaptation des principes scientifiques du juste objectif et des préceptes naturels, généraux et abstraits, à des fins très concrètes et très précises (7) ; elle représenterait, « dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière, cette forme restant essentiellement une

(1) M. Demogue, *op. cit.*, p. 204.

(2) M. Demogue, *op. cit.*, p. 257. Comp. Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, Paris, 1900, p. 40.

(3) Cf. Gény, *Science et technique*, *op. cit.*, t. III, n° 182, p. 16.

(4) Cf. Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 182, p. 17 et suiv.

(5) Cf. Gény, *Sc. et tech.*, t. II, « Elaboration scientifique du droit positif, (L'irréductible « droit naturel »), octobre 1915.

(6) Gény, *Sc. et tech.*, *op. cit.*, t. III, n° 182, p. 18 et 19.

(7) Gény, *Sc. et tech.*, *op. cit.*, n° 188, p. 34, et n° 191, p. 42.

construction, largement artificielle, du donné, œuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste se puisse mouvoir librement, dirigée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation » (1).

Le mérite essentiel de la conception de M. Gény est d'avoir nettement établi *la distinction fondamentale de la Science et de la Technique,* jusque-là malheureusement trop confondues, et d'avoir caractérisé les deux grandes directions à reconnaître au travail des jurisconsultes (2) dans l'élaboration du droit: l'une proprement scientifique, l'autre spécialement technique (3). Dans l'élaboration scientifique du droit, le jurisconsulte recherche les données de la vie sociale et les fins naturelles qu'il doit poursuivre; dans l'élaboration technique, il fait œuvre de construction en préparant et en combinant les moyens qui peuvent permettre la réalisation de ces fins suprêmes du droit.

Il nous semble cependant qu'après avoir ainsi délimité exactement le domaine propre de la technique juri-

---

(1) Gény, *ibid.*, t. III, n° 183, p. 23. Comp. Gény « La méthode du droit civil », in *Les méthodes juridiques,* leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910, p. 189: La technique est « tout ce qu'il y a d'artificiel ou ce qui est l'œuvre propre de la volonté humaine dans la constatation du droit positif. L'élaboration du droit consiste à donner aux éléments fournis par la nature des choses, une forme, des contours, des manières d'être qui le modifient d'une façon toujours un peu factice et conventionnelle en vue de les adapter à la vie ». Comp. aussi Gény, *Sc. et tech.*, t. I, n° 57, p. 188: « Toute l'essence de la technique se résume dans une adaptation des moyens au but. Sans la technique, le droit positif se réduit à des lignes vagues, trop générales, n'encadrant que d'un halo impalpable et indéfini le noyau de la vie sociale. Grâce à la technique tout se limite et se précise ».

(2) Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 34, p. 98.

(3) Sur cette distinction fondamentale, voyez les deux grands ouvrages de Fr. Gény qui sont consacrés: le tome II à *l'élaboration scientifique* du droit positif, et le tome III à *l'élaboration technique.*

dique, on puisse pousser un peu plus loin l'analyse de la notion de cette technique du droit, et distinguer en elle à la fois, d'un point de vue général l'art qui assure la réalisation du droit et son adaptation continue à la vie, et, d'un point de vue plus spécial, l'ensemble des voies, moyens et procédés de métier qui permettent, dans chaque espèce particulière, au praticien d'arriver à ces fins. Nous aurons ainsi deux sortes de techniques : une *technique théorique,* constituée par la méthodologie juridique, qui apparaîtra une question de technique au premier chef, et une *technique appliquée* qui ne sera autre que l'étude des mécanismes techniques eux-mêmes (1).

Ces notions de technique juridique exposées, nous sommes tout naturellement amenés à étudier la fiction de contrat au double point de vue de la méthode et des mécanismes techniques ; et, par là-même, nous établirons le bien fondé de la distinction que nous venons de proposer, relativement au sujet qui nous occupe.

Dans l'étude générale et théorique de la technique, nous rechercherons le rôle de la fiction de contrat dans le problème de la méthode d'élaboration et d'interprétation de la règle de droit légale et contractuelle ;

Dans l'étude spéciale des mécanismes techniques, qui constituera la technique appliquée, nous étudierons certains procédés particuliers de réalisation du droit basés sur la fiction de contrat.

---

(1) Sur cette autre distinction également importante voyez : Ihering : *Geist des rômischen Rechts, zweiter Theil, zweite Abtheilung,* 4 A, t. III, Leipzig, 1883, p. 327, n° 38 ; *Espr. d. dr. rom.,* trad. fr., 3e éd., t. III, Paris, 1887, p. 20, n° 43 ; — R. Demogue, *Les not. fond. d. dr. privé, op. cit.,* p. 252 ; — Fr. Gény, *Sc. et tech., op. cit.,* t. III, ch. III, « Aperçu des principaux procédés de la technique juridique, n° 192 et suiv., p. 45 et suiv.

SECTION I

LA TECHNIQUE JURIDIQUE OU LA METHODOLOGIE JURIDIQUE

Le problème de la technique en général ou étude de la méthode, soulève deux questions connexes, celle de l'*élaboration* de la règle de droit et celle de *son interprétation.* Nous examinerons la méthode juridique à ces deux moments de son application.

§ 1. LA MÉTHODE D'ÉLABORATION DE LA RÈGLE DE DROIT

Notre intention n'est nullement d'étudier ici le grand problème de la séparation des pouvoirs ou de la confusion d'attributions (1); ce serait oublier notre sujet; nous voulons préciser le rôle joué par la fiction de contrat dans la construction et l'établissement du texte légal et du texte conventionnel. Or, si l'élaboration du droit est en tout premier lieu l'œuvre du *législateur*, on sait néanmoins quel concours y apportent la *jurisprudence et la doctrine;* c'est dire que la technique d'élaboration juridique est à la fois législative, jurisprudentielle et doctrinale (2).

---

(1) Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 3e édit., Paris, de Boccard, 1918, p. 281 et suiv.

(2) Comp. Demogue, *op. cit.*, p. 248 et suiv.; — Gény, *Sc. et Tech.*, t. III, n° 185, p. 26 et suiv.

1° *La technique législative*

Les fictions légales en général, envisagées dans leur influence sur la logique judiciaire, sont, a écrit M. Mallieux, comme « des décrets du législateur qui supposent établi, sans admettre la preuve contraire, un ordre de choses différent de l'ordre naturel... La réalité est, par hypothèse, bannie du domaine légal, et le pouvoir souverain nous impose une réalité artificielle » (1).

Et cependant, n'est-il pas vrai, de l'avis même de M. Mallieux, que les formules de nos Codes n'acquièrent une portée que si elles sont réellement des fruits de la vie par un appel à l'expérience? Le législateur, précisément parce qu'il est omnipotent et exerce par lui-même le pouvoir suprême de commandement, devrait avoir, nous semble-t-il, le mérite de la franchise; il devrait se dépouiller de tout formalisme inutile, avoir le courage de présenter ses propres solutions sous leur véritable jour et de leur donner leur véritable nom, sous peine de révéler une impuissance de fait que l'on s'expliquerait difficilement.

Du moins, le législateur ne devrait recourir aux artifices que dans les cas de nécessité, puisqu'il est le maître absolu de transformer et de régir la matière à son gré pour l'adapter au but qu'il veut réaliser. S'il ne peut bannir à tout jamais les fictions de sa technique propre, il doit cependant en réduire l'emploi aux situations où il ne lui est pas possible de rencontrer du premier coup le concept adéquat et où il lui paraît préférable de rattacher une disposition nouvelle à des concepts familiers (2). « C'est que, a écrit M. Gény, le législateur reste soumis à cette infirmité de l'esprit qui ne

---

(1) Mallieux, *op. cit.*, p. 146.

(2) Gény, *Sc. et tech., op. cit.*, t. III, n° 248, p. 420-421; n° 249, p. 425-432; n° 263, p. 502. — Comp. Demogue, *op. cit.*, p. 248.

permet pas de rencontrer toujours le concept traduisant exactement la réalité entrevue, ou qui n'ose exprimer une volonté quelque peu novatrice, que par référence à une règle déjà passée en usage. Nécessairement, et pour ainsi dire instinctivement, il usera du procédé des fictions; et même revêtues de la forme légalisée, celles-ci pourront servir à faire recevoir une institution ou une solution utile » (1).

Mais si la fiction apparaît parfois comme un procédé indispensable au jeu complet de l'instrument législatif et si alors il est vain d'espérer sa disparition totale (2), il reste cependant permis d'en poursuivre l'amoindrissement. Spécialement, pour le sujet qui nous occupe, nous pensons que le législateur doit éviter d'expliquer ou de laisser croire qu'il explique les règles légales qu'il établit par des pseudo-contrats, de prétendues conventions des parties, lorsque ces règles ont ailleurs des fondements autrement sérieux et justes. Ainsi, quand des raisons objectives d'équité et d'utilité sociale expliquent ses solutions, il doit rejeter toute fiction de contrat qui n'aurait aucun rapport avec la réalité, parce qu'il lui est possible de serrer celle-ci d'assez près.

Nous pouvons prendre comme exemple une loi récente du temps de guerre qui a institué *le mariage par procuration, la loi du 4 avril* 1915. On sait que le but du législateur a été de régulariser des situations et, à cet effet, non seulement d'assurer, en cas de décès du mobilisé, à sa concubine, un droit successoral et une

---

(1) Gény, *ibidem*, n° 249, p. 428; voy. aussi, p. 430-431: « Aussi bien, les législations civiles, les plus modernes, qui se sont proposé de ne statuer que sur des réalités, n'ont-elles pu éviter tout prestige des expressions fictives. Et, il a été possible d'en relever encore un nombre considérable, parmi les dispositions, à la forme généralement si serrée du Code civil allemand de 1896 ». Voy. à ce sujet pour les Codes civils allemand et suisse, la note 1, p. 431.

(2) Gény, *ibidem*, n° 249, p. 430-431.

pension viagère, mais aussi de permettre la légitimation d'enfants naturels. Or, c'est dans l'hypothèse spéciale où la légitimation était le but réel du mariage que la loi nous paraît avoir eu recours inutilement à la fiction et à la fiction de contrat.

Cette loi, en effet, constitue une merveilleuse fiction du législateur (1) ; celui-ci voulant permettre la légitimation des enfants naturels des mobilisés, n'avait qu'à créer un nouveau mode de légitimation, ou plutôt à faire revivre un des anciens moyens de légitimation par rescrit, puisque le mariage était impossible. Mais, ne voyant le droit qu'à travers le prisme du Code de 1804 qui ne connaît que le mariage subséquent comme mode de légitimation, il a voulu de toutes forces que la légitimation fut faite par le mariage et il a créé le mariage par procuration.

Il a d'ailleurs été très loin dans la voie nouvelle. On sait que si le futur époux meurt avant la célébration du mariage, mais après avoir obtenu les autorisations requises par la loi et donné procuration, le mariage célébré dans l'ignorance de cette mort, évidemment nul, sera traité comme mariage putatif et, en conséquence, les enfants naturels seront légitimés par ce mariage. Qu'est-ce à dire sinon que les époux seront censés unis, quant à la production de cet effet particulier, alors qu'en réalité il n'en est rien? Ce mariage putatif qui constitue par lui-même une fiction très hardie du législateur, repose sur une *fiction de contrat de mandat.* En effet, le contrat de mandat finit normalement par la mort du mandant (2), aux termes de l'article 2003 du Code civil; dans le cas du mariage par procuration, le mariage devrait être impossible à partir du décès du

---

(1) M. le professeur Morin à son cours.

(2) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 346, les mandats *post mortem.*

mandant, le futur époux, et, s'il a été célébré dans l'ignorance de sa mort, il devrait être considéré comme nul. Or, la loi de 1915 en fait un mariage putatif quant aux enfants, c'est-à-dire pour eux et dans leur intérêt fait survivre le mandat à la mort du mandant, et en quelque sorte en prolonge la validité: le contrat de mandat est censé exister encore et pouvoir produire un effet alors qu'il se trouve éteint. Il y a donc là une sorte de fiction légale de contrat de mandat.

Le législateur, voulant élaborer du droit nouveau aurait pu agir bien plus simplement et ressusciter le mode de légitimation par rescrit de l'ancienne France, au lieu de recourir au formalisme compliqué et inutile de la fiction et de la fiction de contrat. Il ne l'a pas fait: il a préféré pousser le respect de la fiction et du contrat jusqu'à la superstition.

2° *Les techniques jurisprudentielle et doctrinale*

En l'absence de la loi, et même parfois à l'encontre de la loi, la *jurisprudence et la doctrine sont des sources de droit* (1). Et si cela paraît contraire au grand principe de sécurité statique du droit, cela est conforme en tout cas au principe de transformation sociale qui constitue en quelque sorte *la sécurité dynamique du droit* (2).

Sans doute le principe de sécurité statique exigerait que l'interprète, jurisconsulte ou juge, considère toujours comme une règle intangible la probité et le res-

---

(1) Cf. M. Sauzay, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, thèse Lyon, 1904. — Voyez aussi Perreau E.-H.

— Voyez aussi Perreau E.-H., *Technique de la Jurisprudence en Droit privé*, 2 tomes, Paris, 1923, Livrairie des sciences politiques et sociales, Marcel Rivière, éditeur, avec Préface de Fr. Gény.

(2) Cf. Demogue *ibid.*, p. 88 et suiv. sur *l'Evolution et la Sécurité.*

pect absolu du droit consacré. C'est pourquoi il n'ose jamais l'attaquer de front quand il veut en éliminer ou du moins en neutraliser certaines règles, mais emploie toujours des voies obliques et des détours ingénieux, afin de sauvegarder son autorité morale, et place, autant que possible, les plus audacieuses de ses innovations qui permettent l'adaptation progressive de ses formules aux nécessités pressantes de l'évolution sociale, sous le pavillon régulier de la loi ou de la coutume (1).

Et cependant la vie ne s'arrête pas, elle poursuit son évolution créatrice; et quand le droit reste figé dans une stérile immobilité ou cristallisé dans des formules rigides, il est incapable de la suivre d'assez près et il se produit alors contre lui une révolte des faits (2). La notion de mouvement et de perpétuel devenir dans les choses juridiques apparaît au cours de l'histoire du droit romain de façon très nette; la relativité du droit qui doit s'adapter à la réalité toujours mouvante et fluide, afin d'éviter que celle-ci ne se rebelle, et qui, d'individualiste à l'origine, doit se socialiser de plus en plus subjectivement et objectivement, est un précieux enseignement qui se dégage de l'étude du droit romain (3).

---

(1) Cf. Cruet, *op. cit.*, p. 24 et 25. Voy. encore, p. 25: « C'est précisément parce que l'action de la jurisprudence, bien loin d'être systématique, semble toujours plus ou moins inconsciente et s'efforce de rester invisible, qu'elle constitue, dans les pays où l'on a essayé de cristalliser les règles de droit dans un moule unique et régulier, la manifestation la plus certaine de la vie spontanée du droit, la preuve la plus décisive de l'évolution en quelque sorte incoercible des institutions juridiques ».

(2) Cf. Ihering, *Esp. d. dr. rom., op. cit.*, t. IV, p. 132, et G. Morin, *La révolte des faits contre le Code, op. cit., passim.*

(3) Justinien paraît avoir eu conscience du rôle que joue dans le domaine du droit cette loi d'évolution qui transforme et améliore

Et si, en présence de cette vie spontanée et continue du droit qui ne peut se fixer dans des cadres indéformables, mais qui doit rester souple comme la réalité, l'impuissance des lois abandonnées à elles-mêmes est manifeste, il faut bien accorder au juge de larges pouvoirs d'élaboration de droit nouveau; ne serait-ce d'ailleurs qu'à cause des lacunes, des obscurités et des inexactitudes des textes (1). L'on sait avec quel persévérant labeur le *préteur romain,* qui est resté le type du magistrat législateur ou du législateur suppléant (2), a accompli son œuvre de rénovation en usant de deux moyens, la *jusridictio* et l'*imperium* (3) ; et plus spécialement quel merveilleux instrument a été entre ses mains la fiction (4). Le magistrat antique en a usé avec une dextérité consommée, et son exemple n'a pas été perdu pour le juge moderne; celui-ci a continué à re-

---

toutes choses, lorsqu'il écrivait: « *Divinœ quidem res perfectissimæ sunt, humani juris vero conditio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea quod stari perpetuo possit, multas enim formas edere novas natura deproperat* ». Code de Justinien, 2, § 18, *De vet. jur. enulc.*, I, 17.

Sur la socialisation du droit, voy. J. Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique,* Montpellier, Coulet, et Paris, Masson, 1908, p. 38-80.

(1) Sur l'insuffisance des textes, voy. notamment Gény, *Science et technique, op. cit.,* t. I, p. 37. — Portalis, Discours préliminaire..., dans Fenet, t. I, p. 23 et 140-141. — Ihering, *Geist des romischen Rechts,* trad. par Meulenaere, 2e édit., Paris, *passim,* et surtout Introd., titre II, chap. III, p. 32 et suiv.

(2) Cf. Cruet, *op. cit.,* p. 35 et 62.

(3) Sur les modes d'intervention du magistrat par voie d'autorité, en vertu de son imperium, voir Girard, *Manuel élém. de droit romain,* 6 édit., Rousseau, 1918, p. 1068 et suiv. — May, *Eléments de droit romain,* 10e édit., Larose et Tenin, 1909, p. 656 et suiv.

(4) M. Demogue rappelle qu'à Rome l'admission des fictions fut principalement la conséquence de deux choses: l'*économie des moyens* qui portait à considérer les solutions nouvelles comme de simples extensions des règles existantes, et le *caractère conservateur du droit* qui consistait à respecter le droit préétabli. *Demogue, op. cit.,* p. 237-238. — Cf. aussi Ihering, *Esprit du dr. rom.,* t. IV, p. 291 et suiv.

courir au procédé de la fiction qui apparaît aujourd'hui comme un véritable produit de l'histoire. *Les deux principales sortes de fictions créées par le droit romain sont celles des actions* (1) *et des contrats;* nous ne parlerons que des fictions de contrats, puisque seules celles-ci nous intéressent et peuvent servir d'introduction à l'étude de la catégorie spéciale des fictions que nous envisageons ici, tout en nous excusant par avance de ce développement que nous ferons aussi bref que possible.

Comment donc, en droit romain, la fiction de contrat a-t-elle été un mode d'élaboration du droit?

Dans le droit romain primitif, le nombre des contrats reconnus par le *Jus civile* était très limité; les contractants ne disposaient que de trois formes solennelles pour manifester leur accord : les paroles, *verba,* les écrits, *litteræ,* et la tradition de la chose, *res,* sans le secours desquelles la convention restait nue, *nuda pactio* (2). L'accomplissement de l'une de ces formalités la transformait en véritable contrat, *contractus* (3). Mais cette conception primitive était trop étroite; il fallut, pour la commodité du commerce juridique, à mesure que l'esprit romain devenait moins formaliste et moins matérialiste, élargir les cadres des contrats existants. Et, après avoir admis les contrats consensuels, une double création fut opérée, les pactes prétoriens et les pactes impériaux ou légitimes, qui furent pourvus les uns

(1) Sur les actions fictices qui sont des fictions d'actions civiles, cf. Girard, *op. cit.,* p. 1033 et suiv., et May, *op. cit.,* p. 590 et suiv.

(2) Sur les contrats *verbis, litteris, re,* dans le droit romain, voy. Esmein, *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français,* Paris, 1883.

(3) Cf. au Digeste 7, § 1; 1, § 4 et *De pact.,* II, 14, Ulpien: « *Conventiones que pariunt actiones in suo nomine non stant sed transeunt in proprium nomen contractus* ».

et les autres d'une sanction, laquelle pour les seconds fut même une action civile; mais on ne leur donna jamais le nom technique de contrat, par respect pour les anciennes classifications. Et ainsi le véritable *jus civile* « devint le plus souvent lettre morte » (1). Il a fallu néanmoins arriver au droit moderne pour voir réaliser la fusion des contrats et des simples pactes, et proclamer le principe de l'obligation par simple consentement (art. 1134 du Code civil).

Or, n'est-il pas vrai qu'en réalité tous ces divers pactes privilégiés qui n'étaient pas des contrats *jure civili* et qui n'en portaient pas le nom, mais qui cependant reposaient sur le contentement des parties et étaient sanctionnés *jure prætorio* ou *jure novo,* s'ils n'étaient pas des contrats civils, étaient néanmoins des contrats puisque le droit moderne les a confondus dans la classe des contrats. Qu'est-ce à dire, sinon, que ces pactes étaient des *fictions de contrats civils?* (2)

Et d'autre part, les véritables contrats du Jus civile perdirent de leur formalisme excessif et durent s'assouplir. Si l'on examine, par exemple, la *stipulatio* sous le Bas Empire, on voit quelles profondes modifications elle subit sous la pression des faits et des besoins, à cause de ses formes trop compliquées. La nécessité de

---

(1) Glasson, *Histoire du droit et des institutions jur. de l'Angleterre,* .t VI, p. 683.

(2) Cf. Esmein. « Dans le droit de Justinien, sauf quelques actes consensuels reconnus depuis longtemps par le droit civil, sauf quelques pactes exceptionnellement favorisés par le préteur ou par les constitutions impériales, seuls les contrats réels ou formalistes sont munis d'une acion. Pour devenir obligatoire, il fallait en principe que la convention ait été coulée dans le moule de la stipulation ou exécutée par l'une des parties ». Esmein, « *Les contrats dans le très ancien droit français* », *Rev. hist.,* 1880, p. 659. — Or, qu'est-ce à dire sinon qu'il fallait assimiler tous les nouveaux contrats du commerce juridique aux contrats du jus civile et principalement à la stipulatio?

la présence des parties, conséquence de l'emploi de la forme orale, était devenue très gênante, et, par une série de moyens ingénieux, on réussit à la supprimer. On eût recours à des *présomptions:* tout d'abord le seul fait de la présence des parties, au moment de la rédaction de l'écrit fut suffisant et fit présumer la prononciation des paroles solennelles: *spondesne? spondeo.* Puis, on alla plus loin et on décida que la mention, dans l'écrit contenant la clause stipulatoire, de la présence des parties, constituerait une présomption presque invincible. On arrivait ainsi à présumer, non plus seulement la prononciation des verba, mais même la présence des parties. Le créancier pouvait désormais contracter à distance et le contrat de stipulatio cessait d'être verbal (1).

Cette profonde transformation du contrat verbis, réalisée au moyen de deux présomptions, ne rendait-elle pas ce contrat purement fictif, puisqu'il cessait d'être véritablement lui-même (2), et par là même ne concourrait-elle pas puissamment à la formation du droit nouveau?

Voilà comment la fiction de contrat a été à Rome un

---

(1) Cf. May, *op. cit.*, p. 278-279, et Girard, *op. cit.*, p. 498-499.

(2) Cf. Cruet, *op. cit.*, p. 32: « Pour échapper à la nécessité des solennités légales de la stipulation, mode normal de s'obliger en droit romain, on en constatait l'accomplissement imaginaire dans un écrit, et cet écrit liait les parties par la commuauté du mensonge. Fiction. Et fiction si bien enracinée dans l'esprit des juristes que les scribes du Moyen-Age, en France, dans les provinces qui vivaient sous la législation romaine, continuaient par habitude à ajouter dans les contrats la formule constatant une stipulation solennelle purement illusoire ».

V. aussi Cruet, *ibid., Le droit musulman,* p. 36-42, et le *Droit anglais,* p. 42-48. « Le droit consacré n'est respecté que fictivement, il évolue par le faux et la fiction quand il ne lui est pas permis de se transformer à ciel ouvert », p. 38.

instrument précieux pour l'élaboration du droit. Mais si elle avait alors cette utilité d'adapter le vieux Jus civile immobile aux faits changeants, aujourd'hui elle ne présente plus un intérêt aussi considérable, car le droit n'est plus aussi statique, nous n'avons plus, tout au moins au même degré, « le fétichisme des anciennes lois ou l'idée primitive d'économiser à toutes forces les moyens pour innover » (1). Ce n'est pas dire cependant que, dans l'élaboration moderne du droit, la fiction de contrat ne soit appelée à rendre de grands services, comme nous allons le voir en l'examinant successivement comme procédé technique formel et comme procédé technique intellectuel, nous voulons dire au double point de vue du rôle des catégories réelles et du rôle des concepts dans la technique du droit. Ce sont, d'après M. Gény (2), les deux principaux procédés de la technique juridique, l'un plus externe et plus plastique, l'autre plus interne et plus spéculatif, et il nous paraît tout naturel d'adopter cette division pour notre exposé.

A. — *La fiction de contrat et le procédé technique de construction juridique par les catégories spécifiques de contrats.* — Le contrat étant l'accord de toutes les volontés s'engageant librement et sur un pied d'égalité, relativement à un objet, pour produire des effets juridiques, il y a certainement fiction de contrat quand toutes les parties n'ont pas effectivement contracté ou quand elles ne se sont pas obligées avec une égale liberté. En réalité, on peut aller encore plus loin et affirmer qu'il peut y avoir encore fiction de contrat, même quand les

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 241.
(2) Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 193, p. 47.

parties ont contracté toutes et librement, si elles ont créé une situation non prévue et surtout non réglementée par le législateur et à laquelle le juge donnera une réglementation contractuelle, par voie d'assimilation à des types contractuels existants (1).

Normalement, sans doute, quand les parties font un contrat, elles ont en vue une situation nettement définie par la loi, tout au moins dans ses lignes générales, par exemple une vente, un louage... Mais il peut arriver que la situation qu'elles créent ne soit pas prévue ou ne soit pas réglementée par la loi; si cependant elle n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 6, C. civil), le juge, en vertu du principe de la liberté des conventions (art 1134) ne pourra pas la méconnaître et lui donnera une réglementation en l'assimilant à une autre situation juridiquement définie.

Il en a été ainsi en France, pour le contrat de métayage, avant la loi du 18 juillet 1889, et pour le contrat collectif de travail avant la loi du 25 mars 1919, par exemple; et il en sera de même jusqu'au jour où elles seront l'objet de réglementations légales spéciales, de toutes les combinaisons nouvelles que l'on rattache aux catégories contractuelles établies par la loi, telles que les contrats d'assurances terrestres, surtout les assurances sur la vie, les ventes à tempéraments, les contrats divers d'édition, de coffre-fort, de déménagement, de report, de révélation de succession, de théâtre... (2). Et on continue même parfois, après que le législateur a parlé, quand il n'a pas défini exactement la nature juridique du contrat qu'il a réglementé, à discuter sur cette nature, et à se demander s'il a voulu,

---

(1) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 239-240: « La fiction consiste dans une assimilation d'effets pratiques entre deux situations différentes ».

(2) Cf. Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 209 et 210, p. 135 et suiv.

par son silence, créer un contrat nouveau, innommé ou sui generis, ou, au contraire, permettre l'assimilation à un type préformé; par exemple pour le contrat de métayage.

Il y a là, sans doute, une application « de la loi du moindre effort qui consiste à user partout des mêmes explications, à tâcher de réduire le nouveau à l'ancien, l'inconnu au connu, le complexe au simple, au risque de dénaturer parfois, dans ce travail de réduction, les données à expliquer. Or, qu'est-ce qu'analyser, sinon ramener un objet à d'autres déjà étudiés et par conséquent « exprimer une chose en fonction de ce qui n'est pas elle? » (1). Dans ces conditions, supposons qu'il s'agisse pour le jurisconsulte de rendre compte d'une institution juridique nouvelle, par exemple de justifier la naissance, dans telle circonstance déterminée, d'un rapport de droit. Tout son effort aura pour but de comparer cette nouvelle situation juridique à d'autres précédemment analysées et d'en tenter les mêmes explications » (2). D'ailleurs, cet effort ne consistera pas seulement à verser la convention nouvelle dans un moule unique légalement préformé, mais au besoin à la décomposer au préalable en plusieurs conventions différentes et à rattacher ensuite chacune d'elles à des catégories légales préexistantes (3).

Et, cependant, si la tentation est toujours grande de « rechercher si par un biais quelconque l'institution

---

(1) Bergson, « Introd. à la métap. », in *Rev. de mét. et de mor.*, 1903, p. 3.

(2) Gounot, *Le princ. de la vol.*, thèse citée. p. 31.

(3) Voy. Planiol, « Classification synthétique des contrats », in *Rev. crit. de législ. et de jur.*, 1904, n. s., t. XXXIII, p. 470-490; ses notes sous les arrêts de Cour de Cass., Req. rej., 5 déc. 1906, D. P., 1907-1-249, et Civ., 18 oct. 1911, D. P. 1912-1-111.

nouvelle ne pourrait pas être assimilée à un contrat » (1) cette tentation n'est-elle pas naturelle et même bienfaisante quand il s'agit d'élaborer une réglementation légale pour une situation nouvelle qui en est encore dépourvue, puisque la vie ne peut indéfiniment attendre que le législateur ait résolu tous les nouveaux problèmes? Il faut continuellement réajuster le droit aux faits, et, pour cela, il y a nécessité d'adopter au plus vite des moyens, au besoin moins corrects en théorie, mais d'une pratique plus rapide (2), et de se contenter d'abord de tourner les difficultés, sauf à tenter ensuite et après coup de les résoudre véritablement. Tant que le législateur n'est pas intervenu pour établir cette réglementation, il nous semble assez naturel que l'interprète se serve des cadres contractuels préexistants, afin de donner une armature légale aux nouvelles manifestations conventionnelles du commerce juridique. Et il n'est peut-être pas inutile de bien préciser notre pensée à ce point de vue.

En somme, la question que nous envisageons, en ce moment, ne nous paraît pas être tellement de savoir si l'on peut ramener d'*une façon définitive* aux catégories contractuelles prédéterminées les nouvelles formes des rapports sociaux, ou si, au contraire, il faut en faire des contrats sui generis et innommés, que d'établir si, *provisoirement*, pour leur donner une réglementation légale, l'interprète n'a pas le droit de les assimiler aux types légaux préformés, soit à un type unique, soit à plusieurs types différents au cas où le lien contractuel peut se décomposer en plusieurs éléments distincts. Ainsi, nous venons de parler d'assimilation

---

(1) Gounot, thèse précitée, p. 32.

(2) Cf. Ihering, *Espr. du dr. rom.*, t. IV, p. 294.

contractuelle provisoire et d'assimilation contractuelle définitive, et nous faisons allusion aux *fonctions historique et dogmatique de la fiction,* l'une à caractère temporaire et l'autre à caractère permanent (1). Or, nous pensons que l'on peut être partisan de l'assimilation provisoire sans être nécessairement partisan de l'assimilation définitive, tout au moins d'une façon absolue, car à cette dernière peut être souvent préférable la reconnaissance de contrats sui generis par la loi; des contrats innommés que l'interprète essaie de ramener dans les cadres des contrats nommés, la loi peut faire de nouveaux contrats nommés constituant des catégories nouvelles et indépendantes.

Sans doute, objectera-t-on, si la catégorie générique du contrat ne saurait être supprimée, les catégories spécifiques et particulières des contrats (2) perdent de leur importance à l'heure actuelle, à cause de l'épanouissement du grand principe de l'autonomie et de la liberté des volontés qui peuvent s'accorder à leur gré pour produire toute convention qui n'est pas contraire à un principe d'ordre public ou supérieur écrit dans la loi. Les contrats nommés ne seraient que « des modèles ou des exemples, à côté desquels il reste place pour une variété infinie de créations juridiques » (3); car, tandis que les contrats nommés, outre qu'ils sont régis par la théorie générale des obligations, ont des règles qui leur sont propres, les contrats innommés ne sont gouvernés que par la théorie générale des obligations, sous la réserve de l'article 6 du Code civil.

---

(1) Sur les fonctions historique et dogmatique de la fiction, voy. Ihering, *Esprit du dr. rom., op. cit.,* 3e éd., t. IV, 1888, p. 299, n° 68; Gény, *op. cit.,* t. III, n° 242, p. 375 et la bibliographie donnée en note p. 375, note 2.

(2) Sur la dénomination de catégories générique et spécifique, cf. Gény, *op. cit.,* t. III, n° 207, p. 130 et n° 213, p. 168.

(3) Gény, *op. cit.,* t. III, n° 207, p. 130.

Mais nous ne pensons pas du tout que le droit commun des obligations et les principes généraux des contrats puissent suffire pour la réglementation de tous les contrats nouveaux. En fait, la loi ne s'en est contentée pour aucun des contrats qu'elle a prévus, elle a donné à tous des règles spéciales. Et la preuve de l'insuffisance des règles générales vient précisément de la difficulté et souvent de l'impossibilité de s'entendre sur la solution des questions que soulèvent les nouvelles conventions, alors qu'on s'accorde plus aisément sur les principes généraux des contrats (1). D'ailleurs, avec la division sans cesse croissante du travail (2), la nécessité de se spécialiser de plus en plus et de préciser tous les jours davantage l'objet et la nature proprement dite de nos rapports contractuels, il est bien impossible à une théorie générale des contrats de pouvoir fournir à la vie, qui va se compliquant, la réglementation spécialisée de chacune de ses manifestations.

Pour éviter que l'on ne soit tenté de faire l'assimilation provisoire de la convention nouvelle aux types contractuels prédéterminés, il faudrait que les auteurs de cette convention aient soigneusement prévu et réglementé tous ses effets et toutes ses suites possibles; mais comme l'imprévision est la loi de toutes les choses humaines, on ne peut guère se passer de rechercher dans le Code un texte interprétatif formant comme le moule d'une catégorie préexistante, à laquelle on fera un rattachement artificiel.

C'est en somme à cela que se réduira le plus souvent le travail caché du juge; dans l'impossibilité de découvrir des communes intentions qui n'ont pas existé et

---

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 1830, p. 588, à propos du contrat de travail.

(2) Cf. Durkheim, *op. cit., passim.*

qui d'ordinaire se seraient difficilement formées sur des points où les parties ont des intérêts opposés, on demandera au juge de statuer en équité et c'est en apparence ce qu'il fera; mais, au fond, avant de parler d'équité, il rapprochera le contrat nouveau d'un type prénommé pour pouvoir lui appliquer sa réglementation interprétative. La science, en effet, est toute faite de relativité et repose essentiellemnt sur l'*analogie* et la *comparaison;* on définit surtout une chose en fonction de ce qu'elle n'est pas (1), c'est-à-dire par son côté négatif; on ne comprend bien un élément nouveau apparaissant dans un milieu qu'en le rapprochant de tous les autres éléments de ce milieu. D'ailleurs, une chose nouvelle, qu'est-ce à dire, sinon une chose qui ne ressemble pas exactement à toutes celles qui l'entourent? et alors la pensée vient tout de suite à l'esprit de savoir en quoi elle est nouvelle, c'est-à-dire en quoi elle en diffère. Il en est de même, dans la discipline juridique, de la tendance nouvelle à rapprocher les conventions nouvelles des catégories contractuelles préxistantes. Ainsi, les conventions nouvelles deviennent fictivement des contrats nommés, en attendant de le devenir peut-être réellement, quand la loi en fera des contrats sui generis.

Quand on examine, en effet, les nouveaux types de contrats créés par la pratique des affaires, après avoir provisoirement couru au plus pressé en les faisant entrer dans les cadres préétablis des contrats connus, on se rend compte que l'*effort même d'assimilation, indispensable au premier abord, ne saurait être toujours durable*. Il peut l'être parfois, et on est alors « fondé à

(1) Comp. Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 217, p. 190. « L'esprit humain procède du même au même, du semblable au semblable ».

adapter à une convention, arrêtée en certains termes concrets, les règles afférentes à un contrat organisé de toutes pièces par la loi », mais c'est « en tant qu'elles correspondent à sa fonction économique » (1). Car, s'il n'était jamais possible d'étendre les règles des contrats nommés aux contrats particuliers qui présentent avec eux un trait commun décisif, quoique parfois peu apparent, il serait trop facile d'échapper aux prises des catégories réelles par le moyen de conventions établies en dehors ou à côté du cadre légal (2).

Souvent, cependant, cet effort d'assimilation, « par son insuccès, démontre, comme l'a écrit M. Cruet, le caractère original de la convention nouvelle et combien il est vain de refuser à cette convention spéciale les règles spéciales qui résultent de sa nature économique » (3). Aussi croyons-nous qu'alors il ne suffit nullement de se contenter de rapprochements forcés à des contrats nommés, ni même avec M. Planiol d'essayer une décomposition de la convention nouvelle en une série d'opérations classées et nommées. Il faut considérer cette convention nouvelle en elle-même, comme formant un tout complet, dont les divers éléments sont solidaires et inséparables, et comme ayant une originalité propre et indépendante, échappant à toutes les règles particulières établies par les catégories traditionnelles, et par là même postulant une réglementation spéciale et en quelque sorte autonome. Et, au lieu de toujours recourir de façon définitive à des analogies inadéquates, nous pensons avec MM. Gény et Demogue (4), qu'il faut savoir se décider alors à reconnaî-

---

(1) Gény, *ibidem.*, n° 210, p. 143.

(2) Gény, *ibidem*, n° 210, p. 142.

(3) Cruet, *La vie du droit, op. cit.*, 1908, p. 112.

(4) Cf. Gény, *Science et tech.*, t. III, n° 209, p. 135 et suiv. — R. Demogue, note sous arrêt Cass. civ., 25 juin 1907, S. 1908-1-83, et comp. E. Gaudemet, note sous arrêt Cass. civ., 18 octobre 1911, S. 1912-1-449.

tre l'existence de *contrats sui generis,* ayant une nature particulière parce que répondant à des besoins nouveaux, *sortes de contrats innommés,* en somme, par comparaison aux contrats prénommés, et qu'il est du devoir du législateur de les réglementer spécialement.

Il est vrai, l'assimilation provisoire elle-même, si elle a l'avantage, comme la catégorisation proprement dite, de « couler les institutions reconnues en des moules préformés qui leur assurent à la fois cette précision des conditions et cette fermeté des effets sans lesquels il n'est pas d'ordre social solidement établi » (1), elle risque de les enfermer en des cadres trop étroits et trop rigides qui limiteraient arbitrairement l'épanouissement des volontés, car on retrouve dans les catégories, comme en tout mécanisme, « la brutale puissance qui risque de broyer aveuglément les réalités profondes qu'il doit soutenir et développer » (2). Aussi, ce rattachement contractuel devra toujours être fait avec prudence et opportunité, de façon à donner à toutes les institutions juridiques un cadre à la fois ferme et souple, dans les lignes duquel elles puissent se développer tout en étant suffisamment spécialisées et tout en conservant la précision des contours qui demeure leur marque propre.

On voit par là que, selon nous, le procédé technique des catégories réelles joue un rôle de tout premier plan dans l'économie de notre droit positif (3). Et au point de vue contractuel où nous l'avons surtout examiné, nous avons constaté, en face de la richesse inépuisable du principe de la volonté autonome, l'insuffi-

---

(1) Gény, *Sc. et techn.*, t. III, n° 207, p. 125, et aussi n° 213, p. 169.

(2) Gény, *ibidem*, n° 213, p. 169.

(3) Cf. Gény « Du rôle des catégories réelles dans la technique du droit », *ibid.*, n° 207 à 213 inclus, p. 122-174.

sance et l'étroitesse des catégories contractuelles existantes, engendrant la nécessité de recourir à l'artifice de la fiction pour donner à des situations nouvelles la réglementation de situations déjà réglementées. La fiction ne procède pas par voie de simple comparaison, et n'aboutit pas davantage à une complète identification qui rendrait inutile tout effort ultérieur de créations nouvelles de contrats sui generis, elle est *purement et simplement assimilatrice* (1). Et, pour dire toute notre pensée, elle remplit une *fonction à la fois historique et dogmatique:* historique, en ce sens qu'elle est temporaire et provisoire, qu'elle permet d'introduire dans la vie sociale des contrats nouveaux par le rattachement à des types contractuels préformés, et qu'elle peut parfaitement disparaître lorsque, pour tel contrat déterminé, elle se trouvera épuisée; mais dogmatique néanmoins, en ce sens qu'elle a aussi un rôle permanent, car, d'une part, à force d'étendre le contrat, elle arrive à déformer la catégorie contractuelle préexistante, et, d'autre part, elle est de tous les temps et de tous les milieux et quoique cessant de jouer pour tel ou tel contrat, elle continuera à jouer pour tel ou tel autre contrat, les créations contractuelles étant illimitées.

Peut-être, même en l'absence de réglementation légale des situations nouvelles, serait-il préférable que la science puisse se passer de l'artifice de l'assimilation. Et, comme l'a si justement écrit Ihering, « il est aisé de proclamer que les fictions ne sont que des expédients, on a beau jeu de les comparer à des béquilles que la science devrait rejeter. Rien de plus vrai si la science peut avancer sans y avoir recours. Mais mieux vaut

(1) Comp. sur cette matière L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse Paris, 1914, p. 236-237.

encore que la science marche à l'aide de ces béquilles que de succomber sans cet appui ou de n'oser risquer aucun mouvement... Comme moyen de transition pour se rendre maître d'une idée complètement neuve, la fiction peut avoir une certaine légitimité. Au désordre sans fiction est mille fois préférable l'ordre avec fiction » (1).

Dans les hypothèses que nous envisageons, la fiction de contrat apparaît comme un mode d'exercice de l'imagination constructive, dont le concours est indispensable, en attendant l'heure du législateur, pour rechercher à quelles autres situations contractuelles déjà prévues par la loi on pourrait bien rattacher la situation nouvelle afin de lui donner une existence juridique définie qu'elle n'a pas encore. La situation nouvelle aura ainsi un vêtement de confection qu'elle pourra porter sans trop de gêne, jusqu'au jour où le législateur, d'ailleurs avec la lenteur qui lui est assez coutumière, se décidera enfin à lui préparer un vêtement sur mesure qui sera tout spécialement fait à sa taille. Et ce travail de l'imagination constructive et créatrice qui consiste, dans la discipline juridique, à combler les lacunes de la loi, ne constitue-t-il pas à proprement parler une fiction? Car, comme l'a dit M. Gény, « si une institution de la vie sociale ne revêt le caractère juridique que par le moule d'une forme plastique ou dans le cadre d'une catégorie à arêtes précises, force est bien de faire entrer, du moins provisoirement, en

(1) Ihering, *Esprit du dr. rom., op. cit.*, t. IV, p. 295-296. Voy. aussi p, 296: « Mettre la jurisprudence en demeure de répudier les fictions avant qu'elle ait réussi à trouver la solution véritable qu'elle cherche, autant vaudrait forcer celui qui porte des béquilles à les abandonner avant de savoir marcher sans leur aide ».

Voy. encore Demogue, *op. cit.*, p. 227: « Il est facile de dire à un infirme de marcher sans béquilles, mais faut-il encore que la technique de la marche et de l'équilibre le lui permette ».

les formes ou catégories consacrées, telle relation humaine, jusqu'alors amorphe, que l'on veuille, à un moment donné, munir d'une sanction positive. Pareil effet ne se peut obtenir qu'en altérant, plus ou moins, par la pensée, la réalité des choses, c'est-à-dire au moyen d'une fiction » (1).

La fiction, œuvre et produit de l'imagination, ayant alors cependant une véritable cause d'utilité sociale, apparaît comme un auxiliaire utile du législateur; et, même si celui-ci un jour se refuse à la reconnaître, parce que, bien qu'ingénieuse et séduisante, il la trouve trop fausse parfois comme éloignée de la réalité avec laquelle elle aurait perdu tout point d'attache, tout point de contact, l'esprit humain qui l'aura créée n'aura pas pour cela gaspillé en vain ses forces et ses ressources, car il aura au moins provoqué et hâté, pour le bien de tous, l'intervention légale qui établira une construction définitive et adéquate à la place de la construction provisoire basée sur la fiction. En effet, « toute fiction, à cause de son imperfection même, avertit la science d'avoir à rechercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait » (2).

Une réglementation légale, nette, spéciale, et qui désormais aura force impérative, s'imposera à tous sans conteste, et mettra un terme aux controverses que son absence a fait naître. Désormais, l'esprit du juriste ayant reçu satisfaction de ce côté, dirigera ses investigations créatrices sur un autre point; il ira construire ailleurs une autre fiction, ouvrant à la loi un domaine encore inexploré pour elle, et préparant ainsi peut-être une nouvelle voie au législateur.

---

(1) Gény, *Science et tech.*, t. III, n° 240, p. 366.

(2) Ihering, *Esprit du dr. rom., op. cit.*, t. IV, p. 296. — Comp. Demogue, *op. cit.*, p. 242.

Le rôle de la fiction déborde d'ailleurs le domaine juridique et s'affirme puissamment dans toutes les sciences, la fiction étant une forme de l'imagination créatrice dont on sait le rôle directeur prépondérant dans l'élaboration de la loi scientifique (1).

Mais l'élaboration de la règle de droit au moyen de la fiction de contrat *n'est pas et ne peut pas être absolument arbitraire,* car elle ne doit pas débarrasser le contrat de tout son contenu, sous peine de le défigurer complètement et de lui faire perdre toute ressemblance avec lui-même. La fiction de contrat est, en effet, soumise à certaines conditions essentielles et indispensables d'existence et de validité, comme nous allons le voir.

Il semble tout d'abord que là où il y a fiction on quitte le domaine du réel, et que ce qui est l'objet de l'imagination créatrice et constructive ne puisse être soumis à des règles; et cette conception est à priori satisfaisante pour l'esprit; la fiction serait entièrement du domaine de l'arbitraire pur et simple. Cependant, si l'on réfléchit, il est utile, voire même indispensable, que la création de la fiction de contrat assimilatrice n'obéisse pas au pur caprice de la volonté du juge ou de l'interprète, mais exige, au contraire, la réunion de certains éléments. Qu'est-ce à dire, en effet, ici qu'une

---

(1) Cf. Lahr, *Cours de philosophie,* Paris, 1914, tome I, p. 162. L'imagination « éclaire la marche de la raison, lui prépare ses voies et écarte les obstacles qu'elle ne saurait franchir par ses seules forces..., elle prévoit, suppose, devine au besoin, et par des hypothèses ingénieuses, par des pressentiments subits, elle parvient à combler les lacunes, à jeter au-dessus de l'inconnu un pont hardi qui permet à la raison de franchir les abîmes et de poursuivre ses conquêtes. Et souvent ses visions prophétiques se réalisent, constituant des anticipations de génie que l'expérience a si brillamment confirmées et qui sont devenues des lois fondamentales de la science ».

fiction de contrat, sinon l'assimilation d'une situation juridique à une autre qui est contractuelle pour faire de la première une situation également contractuelle?

Or, précisément, l'assimilation reposant sur *l'analogie* (1), la fiction de contrat assimilatrice n'est permise que s'il y a des rapprochements possibles entre la situation réglementée par la loi comme un contrat et celle qu'on lui assimile. « En vertu de l'analogie, a écrit M. Mallieux, lorsque deux situations se présentent à nous comme semblables, et qu'une seule est réglée par la loi, il nous est possible d'appliquer à la seconde le traitement que le législateur a estimé convenir à la première » (2).

On ne saurait concevoir de comparaison entre deux situations qui n'ont aucun élément commun, c'est-à-dire

---

(1) Voy. p. l'étude de l'argument par analogie ou à pari: Gény, *Méth. d'int., op. cit.*, p. 264; — Mallieux, *op. cit.*, p. 56-65; — Ihering, *Esp. du dr. rom.*, t. IV, p. 294 et suiv., car le raisonnement par fiction est un raisonnement par voie d'analogie.

Et voy. sur les rapports de la fiction et de l'analogie: Maynz, *Droit romain*, t. I, n° 128, p. 228; — Van Eycken, *Méthode positive d'interprétation*, p. 408; — Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, p. 734; — Demogue, *op. cit.*, p. 239 et suiv.; — Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 243, p. 390-391; — Cf. particulièrement ce qu'écrit M. Gény, pour qui l'analogie a un caractère mixte, c'est-à-dire n'est pas uniquement un mode d'interprétation, mais concourt à la création même du droit: « ...L'analogie qui s'induit de l'ensemble et de l'esprit général du système juridique, analysant par le menu les nouveaux rapports qui s'offrent à l'observation, pour les faire entrer dans les cadres de ce système, s'élève nécessairement au-dessus des textes et cherche, dans la nature des choses positives, les principes capables de recevoir, sous la forme de nouvelles règles, les adaptations nouvelles ». Gény, *Méth. d'interp.*, p. 272.

(2) Mallieux, *op. cit.*, p. 51. Pour la définition même de l'analogie, cf. Gény, *op. cit.*, p. 265: « Procédé qui induit une solution, par un état de fait donné, d'une similitude fondamentale entre cette situation et celle que la loi a réglée ». Et plus loin: « Son essence est le transport de certaines règles légales à des cas restés étrangers aux textes et à la volonté même du législateur à raison de la similitude des situations et de l'identité de la raison juridique ».

qui diffèrent du tout au tout, ou du moins une telle comparaison n'offrirait pas grand intérêt. La comparaison, en effet, étant « l'opération par laquelle l'intelligence dirige alternativement son attention sur deux ou plusieurs objets pour en saisir les ressemblances et les différences » (1), si l'on suppose deux objets n'ayant entre eux aucun rapport, mais uniquement des différences, on ne pourra véritablement les comparer. Il y a des bornes d'ailleurs à l'assimilation car « l'élasticité des mots et des formules a une limite. Un moment arrive où le vin nouveau fait éclater les vieilles outres. Alors doivent apparaître, dans les langues, les néologismes, et, dans le droit, les lois nouvelles » (2).

Disons donc que la fiction de contrat qui doit servir à l'élaboration du droit, suppose une certaine similitude entre la situation non réglementée et celle déjà réglementée de laquelle on la rapproche. Et c'est assez dire que, si la similitude était complète, il y aurait contrat proprement dit. Il y aura fiction de contrat justement parce qu'elle n'est pas complète et qu'il existe des différenciations sur certains points, des éléments du contrat qui font défaut. D'ailleurs, il ne peut y avoir de fiction de ce qui ne pourrait pas à la rigueur former un contrat, la fiction ne devant jamais trop ignorer la réalité sur laquelle elle doit se modeler, et la réalité, ici pour la fiction de contrat, c'est le contrat lui-même.

Sans doute, il peut paraître « difficile de savoir où s'arrêter dans la voie de l'analogie », mais il faut toujours un point d'attache avec la réalité, et « ce point d'appui doit être assez ferme pour supporter une construction juridique solide » (3). Et suivant que la réalité

---

(1) Lahr, *Cours de philosophie*, t. I, p. 176.

(2) G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, *op. cit.*, introd., p. III et IV.

(3) Mallieux, *op. cit.*, p. 58-59.

du contrat sera plus ou moins méconnue, nous dirons que *la fiction est subjective ou objective.* Il y aura fiction de contrat subjective quand le contrat que l'on imaginera sera vraisemblable et correspondra aux intentions probables des parties; et fiction de contrat objective quand, en aucune façon, le contrat n'aurait pu se former et constituera une hypothèse purement gratuite, une fantaisie de l'imagination. En d'autres termes, il y aura tantôt apparence, et tantôt véritable absence de contrat.

B. — *La fiction de contrat et le procédé technique de construction juridique par le concept générique de contrat.* — La catégorisation contractuelle spécifique n'est pas d'ailleurs le seul procédé technique de construction du droit basé sur la fiction de contrat; nous rencontrons encore celle-ci dans la construction juridique au moyen du procédé intellectuel du concept générique de contrat (1).

L'esprit humain a naturellement tendance à vouloir expliquer toutes solutions par des principes, et, en matière de droit, à cristalliser ces solutions en des concepts. La procédure conceptuelle présente d'ailleurs des avantages incontestables, parmi lesquels on peut citer notamment la netteté et la clarté du raisonnement; elle permet, en outre, de mettre de l'ordre dans l'arsenal compliqué des règles de droit, en assignant à chacune sa vraie place et en les coordonnant entre elles, au lieu de les laisser chaotiquement juxtaposées.

Mais il ne faut pas méconnaître que si cette procédure peut être utile, elle n'est pas indispensable (2), et souvent même elle est dangereuse quand elle n'est pas

---

(1) Sur la construction juridique au moyen de la représentation par concepts, en général, voy. Gény, *Sc. et tech.*, t. III, chap. VI, n° 214 à 228, p. 175-257.

(2) Voy. Gény, *ibidem*, n° 220-221, p. 198 et suiv.

maniée par une main sûre, experte et avisée. Elle risque, en effet, de créer une *représentation purement conceptuelle des faits* et de substituer ainsi l'artifice à la réalité par le mirage de constructions fantaisistes qui éloignent sans cesse de la vie.

Or, l'un des plus importants de ces concepts qui a exercé et exerce encore sur l'ensemble du droit une des influences les plus caractéristiques, et aussi souvent les plus regrettables, nous allons le voir, est précisément *le concept de contrat*. Et si nous avons admis le procédé technique de la catégorisation contractuelle spéciale d'une façon à la fois limitée et provisoire, nous croyons qu'il faut encore bien plus assigner des bornes fixes et précises au rôle que devra jouer le concept général de contrat, car il serait trop fâcheux de lui faire régir toute construction juridique.

Sans doute, par suite de l'infirmité naturelle de notre esprit, comme l'a excellemment remarqué M. Gény, « notre faculté de créer des concepts vraiment nouveaux répondant aux exigences de l'évolution du monde, en même temps qu'adéquats aux réalités qu'ils saisissent, est infiniment lente, et, au fond, des moins fécondes ». Sans doute, on est naturellement amené à pratiquer « des assimilations forcées ou plutôt à classer sous des concepts préalablement établis les situations nouvelles que les progrès de la vie sociale soumettent à l'exigence d'un règlement impossible à constituer de toutes pièces » (1).

Et cependant pour si utile que soit la fiction et l'explication fictivement contractuelle pour l'élaboration du droit, il ne faut pas en abuser comme on l'a fait trop souvent. *Le fanatisme de la conception contractuelle* a été poussé, en effet, beaucoup trop loin : les juristes

(1) Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 240, p. 365.

ont perdu de vue la notion exacte des choses elles-mêmes en appliquant leur intelligence à de vaines subtilités et ils ont été ainsi conduits à fonder uniquement sur des contrats ce que M. Duguit a appelé les « *situations de droit objectif* », et M. Hauriou les « *Institutions* » (1) ; et si ce n'est pas la réglementation spéciale de tel ou tel contrat qu'ils ont donnée à celles-ci, c'est tout au moins la réglementation générale du régime exclusivement contractuel, et, à défaut de fictions de contrats spéciales, ils ont fait des fictions générales de contrats. On ne sait plus construire un système juridique, élaborer une règle de droit, sans le concept de contrat que l'on finit par considérer comme un support indispensable à toute vie juridique. Mais ce concept nous écarte de la réalité et nous donne une notion erronnée des choses ; il aboutit non seulement à fausser, mais même à sacrifier les données les plus certaines et les plus immédiates de l'expérience, car les systèmes à priori sont naturellement trop formels et trop étroits pour réussir à enserrer tout ce que les faits ont d'infiniment complexe et variable.

Comme l'a écrit M. Roume, « il en résulte que par l'abus de *cette procédure conceptuelle*, au lieu d'une science de réalités, on n'obtient plus qu'une simple ana-

---

(1) Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif, la loi positive, op. cit.*, p. 53, 140, 196 ; sur la distinction entre les situations de droit objectif et les situations juridiques subjectives ; cf. aussi le *Droit social, op. cit.*, p. 82.

Cf. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 6e édit., p. 23, tout le § sur l'Institution, le Contrat et le commerce juridique, où il oppose au contrat proprement dit « l'adhésion à un fait se retrouvant dans tous les phénomènes de consentement propres à l'institution », p. 23 e 552. Cf. aussi dans ses *Principes de droit public*, p. 123-167

Ainsi, au fond, l'importance que prend dans les sociétés modernes l'institution est une conséquence de la substitution progressive du droit objectif au droit subjectif, comme l'a longuement remarqué M. Duguit.

lyse idéologique, dans laquelle les faits n'interviennent plus que très secondairement, comme accessoires des théories, et cessent, par là même, d'être à la base de la science. Celle-ci, alors, uniquement construite sur ces idola dont parle Bacon, va de nos idées aux choses et non point des choses à nos idées » (1).

Il faut donc résolument se débarrasser des fictions qui tendent à faire établir partout des contrats, car la discipline juridique ne peut être faite de fictions contraires à la réalité, et envisager cette réalité dans la totalité de ses caractères. Il faut étudier davantage les faits sociaux « de l'extérieur » suivant l'heureuse expression de M. Durkheim (2), c'est-à-dire en eux-mêmes, afin de ne pas s'attacher exclusivement aux individus qui en sont en quelque sorte comme les promoteurs.

Or, que nous enseigne *l'expérience immédiate de la vie*, sinon que « une société, une nation se compose non seulement d'individus mais *de groupes d'individus qui constituent autant d'éléments sociaux distincts des individus:* les groupes communaux, familiaux, les associations ouvrières, agricoles, industrielles, commerciales, scientifiques, et mêmes religieuses » (3). Et les groupes sont autre chose que de simples juxtapositions de personnes, que de purs agrégats d'atomes, ils vivent d'une existence propre et indépendante de celles de leurs membres, sur lesquels cependant ils exercent une emprise étroite.

Aussi, à vouloir pratiquer toujours la systématique assimilation au vieux contrat traditionnel de toutes les

---

(1) Roume, *A propos de la méthode juridique*, thèse Montpellier, 1922, p. 165.

(2) Cf. Durkheim, *Règles de la méthode sociologique*, préface de la 2e édit., p. 10; — Cf. aussi ch. I et II, *passim*.

(3) Duguit, *Manuel de dr. const.*, 2e édition, 1911, p. 169.

situations de la vie juridique, ne risque-t-on pas de pousser la fiction bien loin des bornes permises? Et n'est-il pas plus juste de reconnaître que les vieux cadres juridiques disparaissent peu à peu pour faire place à de nouveaux? (1) Le mariage, la société par actions, le syndicat, la profession, sont-ils bien des contrats, et n'est-il pas plus exact de les considérer comme *des Institutions?*

La conception purement contractuelle du mariage n'est-elle pas antinaturelle, sa véritable fin n'étant autre que la famille qui préexiste et doit survivre à la conclusion de tous mariages?

Et quant aux groupements divers, sociétés, associations, syndicats, à supposer qu'à l'origine il y ait un contrat et non une série d'adhésions successives au règlement statutaire, leur fonctionnement est-il bien une déduction logique du contrat initial, ou n'est-il pas plutôt la manifestation vitale d'organismes qui seraient nés de ce contrat?

La profession, quelle qu'elle soit, n'est-elle pas une fonction sociale, et les rapports professionnels ne doivent-ils pas être régis autrement que par de libres contrats individuels? Pour Ihering, on le sait, la profession est « un poste de service de la société... envers laquelle nous contractons tous des obligations » (2).

Nous verrons, dans notre Deuxième Partie, que ce sont tout autant d'éléments de l'organisation sociale qui forment corps et qui s'orientent en quelque sorte vers l'individualité vivante et la personnalité morale (3).

---

(1) Cf. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transf. de l'Etat*, introd., p. XVIII.

(2) Ihering, *Espr. du dr. rom., op. cit.*, t. I, p. 97 et 98.

(3) Cf. Hauriou, *Principes de droit public*, « Les institutions », ch. III, p. 128, définition de l'institution. Et ailleurs, p. 129 « elle est une organisation sociale... qui a réalisé dans son sein une situation juridique ». Et quant à la situation juridique, « elle présente ce caractère essentiel que l'état des choses doit être maintenu parce qu'il a un but et répond à une fonction », p. 97.

A la différence du contrat, acte juridique proprement dit, dont l'existence est fragile, puisqu'elle ne dépend que de la volonté des parties qui peuvent le modifier et le détruire, et dont la vie est rigide, *l'Institution,* au contraire, véritable fait juridique, est faite pour durer et évolue suivant les exigences de la réalité, car elle est comme un support de la société. Bien plus, les situations primitivement contractuelles, à mesure qu'elles durent, doivent se transformer en situations institutionnelles (1).

Enfin, comme l'a écrit M. Hauriou lui-même, « la limite d'action du contrat, du côté des Institutions, se marque en ce sens que, dès que l'on veut employer la forme contractuelle à sanctionner des situations qui, en réalité, sont institutionnelles, cette forme devient une pure apparence et *le contenu réglementaire jure avec son enveloppe.* Nous faisons allusion ici aux règlements contractuels, aux contrats d'adhésion, aux contrats collectifs, sur lesquels l'attention n'est appelée que depuis peu d'années, que les civilistes s'efforcent de tirer entièrement du contrat, mais qui résistent, et dont le moins qu'on puisse dire, c'est qu'ils constituent des formes transitoires conduisant à de véritables institutions » (2).

Telles étant les différences entre l'Institution et le Contrat, il est manifeste que la thèse individualiste purement contractuelle, pour laquelle les institutions sont ramenées au contrat, ne se soutient que par un perpétuel appel à la fiction. Quel est donc l'esprit qui doit présider à l'élaboration et à la mise en œuvre du droit?

---

(1) Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.,* chap. V « Le contrat », p. 204 et suiv.

(2) Hauriou, *ibidem,* p. 206.

Un esprit plus positif et moins spéculatif, qui ne méconnaisse pas les données du droit objectif, relatif à la fois aux groupes et aux choses (1), car il y a dans la réalité sociale d'importants éléments qui doivent désormais trouver place dans notre droit et qui constituent la science elle-même en voie de formation continue et la théorie des institutions est le plus important de tous ces éléments.

Sans doute, à la différence des sciences positives, physiques et naturelles, qui se résument dans la connaissance des causes et aboutissent à un déterminisme absolu par l'emploi d'une méthode purement objective, la science du droit, au contraire, laisse une place pour l'intervention de la personnalité du juriste, lequel peut construire dans une certaine mesure sur les données de la vie (2). Mais il faut cependant éliminer les conceptions trop artificielles pour aller directement aux faits et s'efforcer de saisir tous les faits; la pensée juridique en effet, ne doit pas être purement conceptuelle, le droit existe pour se réaliser, et à la conception purement statique qui le condamne à l'immobilité en le coulant dans le cadre trop rigide du contrat, il faut substituer une notion dynamique et physiologique en quelque sorte, de but et d'affectation, de mission et de fonction, de pouvoir et de finalité (3).

Peut-être nous objectera-t-on que nous ne faisons en somme que substituer un nouveau concept à un concept

---

(1) Cf. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, p. 1, préface: « Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés, mais de la nature des choses ». Comp. Mallieux, *op. cit.*, p. 140.

(2) Cf. Roume, thèse citée, p. 115 et suiv.

(3) Cf. Duguit, *Les transformations*, *op. cit.*, p. 73, 79, 96, 161 et 171. — Comp. Ihering, *Espr. du dr. rom.*, t. I, p. 48 et suiv., « La physiologie du droit ». Pour Ihering, les notions d'institution et de fonction sont des notions physiologiques, car le droit existe pour se réaliser.

ancien qui ne serait plus de mode à cause même de son apparence de vétusté, puisque nous paraissons ne vouloir voir que des institutions et des organismes là où on n'avait jusqu'ici aperçu que des contrats, mais que, de toute façon, nous admettons toujours la construction conceptuelle.

Nous répondrons d'abord, si l'on tient absolument à parler toujours de concepts, que les nouveaux concepts auxquels nous nous rallions nous paraissent plus conformes à la vie économique et sociale actuelle que le concept contractuel, à cause de *l'insuffisance de la technique purement individualiste du Code civil* (1). Et ensuite nous ajouterons que, s'il est vrai que les nouveaux concepts peuvent aussi présenter des inconvénients par l'abus que l'on risque d'en faire, il suffit d'avoir soin de les réglementer. Ils doivent, en effet, avant tout s'adapter exactement aux besoins pratiques qu'ils ont mission de satisfaire et demeurer toujours souples pour pouvoir se mouler exactement sur les faits qu'ils ont à régir (2).

Nous n'avons d'ailleurs nullement la prétention ni le désir de bannir le concept de contrat de la science du droit et du domaine de la technique juridique. Nous voudrions simplement le réduire à de justes mesures. Et, pour tout dire, nous comprenons au besoin ce concept là où il y a véritablement contrat, mais nous ne croyons pas qu'on doive persister à l'admettre quand il ne repose sur rien et, quand prenant la place des

---

(1) Cf. G. Morin, « L'individualisme de la Révolution française et du Code civil, et la structure nouvelle de la vie économique ». — II. « L'insuffisance de la technique individualiste du Code civil et la nécessité de nouvelles formules juridiques », in *Rev. de mét. et de mor.*, 1917, t. XXIV, p. 558-566, et notamment § 1° Contrat et règlement (p. 562-563) et § 2°, Contrat et organisme (p. 563-566).

(2) Cf. Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 223, p. 208-210.

institutions et des organismes, il constitue une pure fiction; il est alors dangereux que le juriste se laisse aller aux fantaisies de son imagination qui lui font perdre de vue les réalités sociales et courbent son esprit sous une tutelle néfaste.

Et, d'une façon générale, comme l'a justement écrit M. Gény: « Une observation et une expérience suffisamment amples pour être décisives nous montrent que les problèmes juridiques doivent se résoudre par des raisons tirées des réalités éthiques ou économiques qui les conditionnent, l'élément purement conceptuel ne saurait intervenir qu'à titre d'expédient, ou comme une sorte de moyen de luxe qui peut éventuellement faciliter la tâche du jurisconsulte » (1).

***

A notre avis, il faut et il suffit simplement que le bon sens juridique prenne sa revanche contre les excès d'une technique d'élaboration trop abstraite et trop rationnaliste, toute faite de subtilités et d'artifices faux et illusoires, et n'admette les fictions de contrats que lorsqu'elles traduisent exactement les besoins auxquels il lui est vraiment possible de donner satisfaction. Et il en est ainsi, nous l'avons exposé, quand elles permettent *de véritables catégorisations provisoires* destinées à assurer une existence légale et une réglementation juridique aux situations nouvelles de la vie économique et sociale.

Et, quant aux *constructions purement conceptuelles,* basées sur le contrat, nous concluerons, encore avec M. Gény, « qu'elles méritent d'être conservées tant que le contact entre le droit et la vie ne s'opère pleinement que par leur entremise. Elles doivent seulement être

(1) Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 220, p. 203-204.

« informées » et, au besoin, « transformées », en vue de s'adapter pleinement aux réalités qu'elles prétendent traduire. N'ayant rien, en elles-mêmes, d'impérieusement nécessaire, elles ne valent, sous le constant contrôle des besoins pratiques, que par leur influence sur la vie. Et cette influence depend elle-même de la plénitude, de l'homogénéité, de la clarté, de la simplicité, de la souplesse des concepts qui sont à leur base » (1). Bref, le concept générique de contrat nous paraît autrement dangereux que les catégorisations contractuelles spécifiques.

§ 2. — LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE DE DROIT

On a tellement écrit sur la méthode d'interprétation du droit (2) depuis quelque temps, bien que le combat pour la méthode, suivant l'expression de M. Gény, dure toujours, qu'il peut paraître téméraire, à juste titre, de vouloir revenir encore sur ce sujet. Et cependant, quoique nous n'ayions nullement la prétention d'apporter au débat des arguments nouveaux, quantité de lances

---

(1) Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 227, p. 257.

(2) Sur la méthode d'interprétation du droit, voy. notamment: R. Saleilles, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », in *Rev. intern. de l'enseignement*, 1890; « Le droit commercial comparé, contribution à l'étude des méthodes juridiques », in *Annales de droit commercial*, 1891; « De la déclaration de volonté », 1901; « De la personnalité juridique », Paris, 1910; Préface au livre de Fr. Gény, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. — E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1895; « Sociologie et sciences sociales », in *La méthode dans les sciences*, Paris, Alcan, 1909, p. 259 et suiv. — E. Lambert, « Une réforme nécessaire des études de droit civil », in *Rev. intern. d'enseign.*, 1900; *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903. — Ballot-Beaupré, *Discours lors du Centenaire du Code civil*, 1904. — G. Dereux « Etude des diverses conceptions actuelles du contrat », in *Rev. crit.*, 1901; *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse

ayant été rompues par les partisans des diverses méthodes, et quoiqu'il nous suffise de nous retrancher derrière des noms justement célèbres, les idées principales qui font la base de cette étude n'étant pas neuves, tant s'en faut, nous croyons utile de parler ici de la méthodologie juridique d'interprétation. Ce que nous nous proposons, en effet, est plus modeste: c'est simplement d'insister sur un point qui nous a particulièrement frappé: *le rôle joué dans l'interprétation du droit par la fiction en général et tout spécialement la fiction de contrat.* Aussi, n'avons-nous pas l'intention de faire l'exposé des diverses méthodes d'exégèse et nous placerons-nous simplement au seul point de vue que nous indiquons.

Mais, comme il y a une double interprétation, celle de la loi et celle des actes juridiques, nous voudrions, bien que la seconde seule nous intéresse ici directement, car elle nous révèlera véritablement la fiction de contrat, méditer un instant sur la première qui renferme une grosse part de fiction, que l'on a appelée fiction de volonté légale, parce qu'il faut éviter de la confondre avec la fiction de contrat.

Paris, 1905. — Mallieux, *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, 1908; *Les méthodes juridiques*, leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910, Paris, Giard et Brière, 1911; — E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse Dijon, 1912. — François Gény, tous ses divers ouvrages et notamment: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e édit., Paris, 1919, 2 volumes; *Science et technique en droit privé positif*, 3 tomes parus. — J. Roume, *A propos de la méthode juridique*, thèse Montpellier, 1922. — Perreau E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 1923, *op. cit.*, t. II, p. 260-361.

Et, pour une bibliographie complète de la méthodologie juridique, consulter celle que donne Fr. Gény dans ses deux ouvrages que nous venons de citer.

1° *L'interprétation de la loi et la fiction de volonté légale*

Dans sa préface à l'ouvrage de M. Fr. Gény, M. Saleilles parlant de *la méthode classique et traditionnelle, toute dogmatique et syllogistique,* qui veut tout déduire des textes et recherche toujours la volonté du législateur, même quand elle n'a pas existé, a écrit qu'elle reposait sur « une équivoque qu'il fallait enfin percer à jour, analyser, et avouer franchement, et lui restituer *son caractère d'équivoque et de fiction* » (1). Et il ajoutait: « Il n'y a pas au monde de fiction plus évidente: je ne dis pas que la fiction ne puisse se défendre; mais ce que je dis, c'est qu'il faut la prendre pour ce qu'elle est..., elle constitue une « technique spéciale » qui peut être en accord manifeste avec les nécessités de la science du droit, c'est possible, mais qui n'a rien à voir avec la volonté du législateur » (2). La fiction ici consiste à supposer au législateur une volonté qu'il n'a pas eu effectivement, c'est une fiction de volonté, ou mieux, nous le verrons plus loin, une présomption de volonté.

Quant à *la méthode de vie organique et d'évolution,* M. Saleilles a écrit qu'à cette méthode « d'essence historique sans doute, mais qui veut encore faire plier les créations historiques aux cadres juridiques et à la frappe légale, *on a reproché cette part de fiction qui subsiste* et qui consiste à faire rentrer dans la loi ce qui ne vient pas d'elle et à greffer sur elle des ramifications qui lui sont étrangères » (3).

---

(1) Gény, *Méthode d'interpr. et sources en droit privé positif, op. cit.,* préface de R. Saleilles, p. V.

(2) Gény, *op. cit.,* préface de Saleilles, p. IX.

(3) Cf. aussi Mallieux, *L'exégèse des Codes, op. cit.,* p. 13-17, sur cette fiction du législateur, entité insaisissable, à cause de l'impossibilité de pénétrer, derrière le texte, l'intention qui l'a dicté. — Comp. Dereux, *Rev. crit.,* p. 117 s.

C'est une fiction, en effet, de substituer au sens véritable du texte un sens nouveau, et de vouloir rattacher toutes les solutions à un texte, lors même qu'aucun ne les aurait prévues. Et telle est précisément la caractéristique de la méthode préconisée par M. Saleilles lui-même. Celle de M. Gény nous paraît, au contraire, ne pas reposer sur la fiction, puisqu'elle applique purement et simplement le texte quand il y en a un, et que, lorsque le législateur n'a pas parlé, elle donne une solution sans s'ingénier à la rattacher à une disposition légale. Aussi ne peut-on pas lui reprocher qu'il subsiste une part de fiction, à moins que la fiction ne consiste ici dans l'assimilation du juge au législateur, puisque le juge aura l'indépendance du législateur, et sera lui-même un organe créateur de droit.

Et M. Saleilles a lui-même résumé en deux formules nettes et concises la méthode de M. Gény et la sienne (1) : Pour M. Gény « *Par le Code civil, mais au-delà du Code civil* », c'est-à-dire : il faut appliquer la loi quand elle est explicite et formelle, mais, quand elle n'a rien dit, l'interprète doit légiférer lui-même ; tandis que M. Saleilles est de ceux « qui en eûssent volontiers retourné les termes : « *Au-delà du Code civil mais par le Code civil* », c'est-à-dire : nous devons toujours légiférer nous-mêmes, mais en nous appuyant sans cesse sur les textes, bien qu'il reconnaisse que ce soit manquer un peu de hardiesse et vouloir conserver une part de fiction. La méthode de M. Gény se dépouille donc de tout élément fictif à l'encontre de celle de M. Saleilles, bien qu'au fond elles se ressemblent par ce fait que, ce à quoi elles tiennent le plus, c'est l'au-delà.

Nous devons retenir de cet aperçu le rôle énorme

(1) Gény, *op. cit.;* préface de Saleilles, p. XIII.

donné à la fiction dans l'interprétation des textes légaux, et qui consiste à supposer au législateur des volontés qui en fait se trouvent absentes. Mais ce ne sont pas des fictions de contrats. Fermons donc cette longue parenthèse, et, sans plus tarder, envisageons la méthode d'interprétation des actes juridiques synallagmatiques, des textes contractuels.

2° *L'interprétation des contrats et la fiction de contrat*

L'interprétation des contrats est en réalité de deux sortes: légale et judiciaire. *Elle est légale,* quand les parties n'ont nullement fait de contrat, ou quand elles ont fait un contrat incomplet qui ne prévoit pas expressément tous les effets futurs: dans les deux cas la loi est, en apparence du moins, interprétative de la volonté des parties, c'est-à-dire que la réglementation établie par le législateur est considérée comme étant l'œuvre des parties, alors qu'il n'en est rien: celles-ci sont soumises à la loi comme à un contrat qu'elles auraient élaboré elles-mêmes. Il y a fiction de contrat si l'on admet qu'il y a alors lois interprétatives; mais nous nous sommes suffisamment expliqué sur ce point pour ne pas y revenir. Envisageons maintenant l'hypothèse où l'interprétation du contrat est faite *par le juge lui-même* (1).

On sait que *la méthode traditionnelle d'interprétation des actes juridiques repose sur la doctrine de l'autonomie de la volonté* (2), d'après laquelle la volonté pure-

---

(1) Sur les méthodes jurisprudentielles d'interprétation des textes, envisagées sous trois formes, déformante, extensive et restrictive, cons. Perreau E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé, op. cit.*, 1923, t. I, p. 260-361.

(2) Cf. Gounot, *Le principe de l'aut. de la vol.*, thèse citée.

ment interne est conçue comme la cause première du droit, indépendamment de toute manifestation extérieure qui en constituerait la déclaration. En conséquence, quand le texte contractuel n'aura pas expressément prévu la difficulté, auquel cas le rôle du juge, purement mécanique, serait d'appliquer le texte purement et simplement, l'interprétation des contrats se réduira à une simple recherche de la commune intention des parties. Lorsque celle-ci sera manifeste, il y aura réellement « *interprétation des volontés* » (1) ; mais lorsqu'il n'aura existé aucune volonté réelle et expresse, les juristes classiques supposeront des volontés fictives, car « tant qu'ils n'auront pas trouvé (de volonté) derrière un droit particulier, leur esprit restera inquiet, comme si on leur parlait d'un fleuve qui n'aurait point de source, d'une échelle qui ne reposerait sur rien » (2), et alors il y aura « *adaptation de volontés* » (3).

Sans doute, objectera-t-on, « il n'y a pas d'exagération à dire que les effets du contrat, même les plus lointains et les plus imprévus, ont été voulus par les parties, car les idées s'enchaînent avec une force logique et celui qui admet un principe en admet par cela même les conséquences. Ainsi les effets du contrat sont contenus dans l'engagement » (4). Et cependant l'illusion des contractants n'est-elle pas de créer tout le droit, et cette illusion n'entraîne-t-elle pas l'illusion du juge qui s'interdit de calomnier le contrat en refusant de juger, sous prétexte qu'il est silencieux, obscur ou insuffisant? En vérité, le juge est obligé de faire jaillir des textes contractuels par des procédés de pres-

---

(1) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 298.

(2) Dereux, thèse précitée, p. 313.

(3) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 298.

(4) Planiol, *Traité élém. de droit civil*, t. II, 7e édit., 1917, n° 945 p. 315-317 et n° 1182, p. 387, note 1.

tidigitation, suivant le mot de M. le professeur Lambert, les solutions des difficultés les plus inattendues (1).

D'ailleurs la méthode classique ne se borne pas à faire rechercher des volontés tacites, c'est-à-dire des volontés qui ont existé, bien que n'ayant pas été exprimées, et qui constituent la commune intention éventuelle des parties. Elle veut que l'on suppose *des volontés qui n'ont jamais existé,* que l'on établisse ce qu'auraient vraisemblablement voulu les parties si elles avaient prévu les difficultés qu'elles n'ont pas prévues en fait et qu'il leur était même impossible de prévoir en contractant; le plus souvent, en effet, elles ne songent pas à toutes les conséquences que pourra engendrer l'exécution de leur contrat. Ainsi le juge devra s'inspirer de leurs volontés, même quand elles n'auront rien voulu, et la recherche de ces volontés sera d'autant plus vaine que, dans tout contrat, les parties ayant en principe des opinions divergentes et des intérêts opposés, elles n'ont pas eu de commune intention et même n'ont pas eu d'intention du tout (2). A quelle solution, en effet, se serait-on arrêté si l'on avait pu prévoir le désaccord qui est arrivé par la suite? Y aurait-il eu des concessions mutuelles en vue d'une transaction, ou bien adhésion d'une des parties à la volonté de l'autre? « Question insoluble que de savoir ce qui serait advenu si tel fait qui ne s'est pas encore produit s'était produit » (3).

Et cependant la doctrine classique pousse très loin

---

(1) Comp. Cruet, *op. cit.*, p. 55.

(2) Cf. Dereux, *Rev. crit. de législ. et de jur.*, 1901, p. 250: « Singulière volonté en vérité que celle qui ne se connaît point, à qui il faut, tant elle s'ignore, de longues explications des gens de loi pour qu'en de certaines circonstances elle prenne vaguement conscience d'elle-même, et qui alors, voyant ce qu'elle est, en demeure profondément étonnée ».

(3) Dereux, *De l'interpr. des actes jur. privés,* thèse citée, p. 142.

la présomption de volonté, puisqu'elle voit dans l'intention tacite des parties *le fondement même de la bonne foi, de l'équité, de l'usage, de la loi, de l'intérêt général...* (1) ; la volonté est la seule source de droit, et, en cherchant bien, on devra toujours trouver, partout où il y a un rapport juridique liant deux personnes, un embryon de contrat.

Mais vouloir scruter dans tous les cas les volontés des parties et s'attacher opiniâtrement même à celles qui sont purement imaginaires, n'est-ce pas faire vouloir sortir quelque chose du néant et donc se livrer à de véritables tours d'acrobatie intellectuelle? Pour respecter des volontés, il faut d'abord qu'elles existent; et s'obstiner à tirer du texte contractuel, directement et même le plus souvent indirectement, la solution de tous les problèmes auxquels il donne naissance, c'est faire œuvre purement subjective, car chacun l'interprètera avec ses idées, son esprit, son tempérament propres, au lieu de l'examiner objectivement et froidement, eu égard à l'idéal d'équité et de justice du moment.

Comment donc, avec une telle conception, le contrat, qui, par essence repose sur un concours de volontés, pourra-t-il se former, si ces volontés sont contradictoires et même absentes? Un tel contrat ne pourra être qu'une apparence ou tout au moins un prolongement excessif de contrat, ce sera une fiction de contrat. Et puisque, au moyen du procédé magique des volontés communes fictives, l'on arrive avec un peu d'adresse à

---

(1) Cf. notamment: Boissonnade, *Projet du C. civil pour l'empire du Japon*, exposé des motifs, Tokio, 1891, t. II, p. 156. — Meynial: « Décl. de vol. » dans *Rev. trim.*, 1902, p. 571; — Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 8e édit., p. 12. — Cf. aussi pour l'interprétation de la loi et la sollicitation systématique des textes, Cruet, *op. cit.*, p. 77.

justifier n'importe quelle solution dans n'importe quel sens, le droit d'interpréter les contrats ne se réduit-il pas alors au droit de les violer plus ou moins ouvertement? (1) Une telle méthode d'interprétation nous paraît une sorte de trahison, et le procédé classique de la fiction, « le guide le plus dangereux et le plus incertain qu'on puisse concevoir », puisque « *il n'est pas de solution tellement absurde qu'il ne soit aisé de justifier par une volonté imaginaire* » (2).

A cette méthode traditionnelle qui s'analyse en une fiction de contrat, on oppose aujourd'hui deux méthodes nouvelles: l'une française, l'autre allemande et suisse. Reposent-elles aussi sur des fictions de contrats? C'est ce qu'il nous reste à examiner.

Les méthodes allemande et suisse pour l'interprétation des contrats (3) apparaissent comme moins subjectives, car elles sont bien moins attachées à découvrir la volonté des parties. En présence du silence des contractants, dont les intentions ont les plus grandes chances de ne pas avoir été souvent concordantes, le juge doit bien moins rechercher ce qu'ils ont voulu que *ce qu'exige la bonne foi et les usages*. Il doit, dans une certaine mesure, substituer un contrat idéal à celui qui est soumis à son appréciation, en s'attachant à déterminer les

---

(1) Cf. M. Mornet, *Le rôle et les droits de la jurisprudence en matière civile*, cité dans Cruet, *op. cit.*, p. 77.

(2) Dereux, thèse citée, p. 467.

(3) Nous parlons ici uniquement de l'*interprétation du contrat* où il y a par hypothèse deux parties en présence ayant naturellement des intérêts opposés et des volontés divergentes, car le Code allemand a inauguré une méthode toute différente pour l'*interprétation de la déclaration de volonté*. L'art. 133, traduit par M. Saleilles, *Décl. de vol.*, p. 194, dispose que « pour ce qui est de l'interprétation d'une déclaration de volonté il y a lieu de rechercher la volonté réelle et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression »; cf. aussi Saleilles, *op. cit.*, p. 227 et 228.

exigences de la loyauté dans les circonstances spéciales qui se présentent à lui. Cette poursuite objective de l'équité n'est d'ailleurs pas entièrement méconnue par notre Code, puisque à l'article 1156 qui résume la théorie classique, on peut opposer les articles 1134, al. 3 et 1135 qui ordonnent de se rapporter à l'équité et aux usages pour ce qui dans les contrats n'est pas formellement exprimé. Mais voici exactement ce qu'on lit, dans le Code allemand: « Les contrats doivent être exécutés comme l'exigent *la loyauté, et la confiance réciproques,* telles qu'elles sont déterminées par *les usages* admis dans les affaires ». Et M. Saleilles commentant la règle d'interprétation de cet art. 157 du Code allemand, a écrit: « S'agissant cette fois de deux volontés qui doivent être identiques, ou plutôt de deux déclarations dont le contenu doive être le même, le juge, au cas de divergences dans l'intention des parties réciproques, doit prendre une interprétation moyenne, qui soit celle que la bonne foi, les usages et la loyauté commerciale dûssent imposer comme étant la volonté commune à laquelle chacun des deux contractants ait droit » (1). Cette méthode, nous le verrons plus loin, a l'avantage de permettre le contrôle de la Cour de Cassation, et il ne nous paraît pas qu'elle repose sur la fiction, puisqu'elle tend à être de plus en plus objective. Mais en va-t-il de même des *nouvelles méthodes préconisées en France?*

Ces nouvelles méthodes se rapprochent de celles que

---

(1) Saleilles, *Décl. de vol., op. cit.,* p. 228. — En réalité, le système d'interprétation français est plus subjectif, le système d'interprétation du Code allemand plus objectif: le premier, voulant davantage que l'on recherche toujours les volontés des parties pour s'y conformer, voit partout des questions d'espèces, tandis que le second, prétendant davantage faire triompher partout des règles générales, méconnaît à dessein tous les faits accidentels et les volontés anormales des parties. Comp. Dereux, thèse citée, p. 410 et 411.

nous venons d'étudier, et cependant certaines d'entre elles ont quelque chose de commun avec l'ancienne méthode classique quant à leur fondement.

Tandis que *pour MM. Gény et Dereux* l'interprète doit être l'esclave du texte quand le texte est clair et formel, — *dura lex sed lex,* — et avoir l'indépendance entière du législateur quand il n'existe pas de texte, mais alors seulement; *pour MM. Saleilles et Lambert,* au contraire, le juge doit toujours être considéré comme un législateur, il doit toujours en apparence s'appuyer sur un texte, même quand celui-ci est devenu sans force et sans vie, en substituant — par une exégèse savante et subtile, il est vrai, — à sons sens véritable et primitif, un contenu nouveau et actuel conforme aux besoins du moment. Et cela suivant *la formule de M. Ballot-Beaupré:* « Le juge ne doit pas s'attacher à rechercher obstinément la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article, il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était rédigé aujourd'hui par eux... et adapter libéralement, humainement le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne » (1).

Ainsi MM. Gény et Dereux sont plus restrictifs que MM. Saleilles et Lambert quand le texte contractuel est formel, mais ils sont plus hardis au cas de silence des parties, car alors le juge n'est pas obligé de s'appuyer sur une clause du contrat même en apparence, il a plus d'indépendance et doit consulter les autres sour-

---

(1) Discours prononcé par M. Ballot-Beaupré, alors Premier Président de la Cour de Cass., le 29 octobre 1904, à la Sorbonne, à l'occasion des fêtes du centenaire du Code civil, publié dans la brochure intitulée *Le centenaire du Code civil,* Paris, Imprimerie nationale, p. 27 et s. — Cf. aussi Mallieux, *op. cit.,* p. 21 et p. 11: « Les lois ne vieillissent pas tant qu'une interprétation active s'efforce d'en faire des instruments de progrès ».

ces du droit (coutume, tradition, équité) : c'est *la libre recherche scientifique* (1).

Mais, quelles que soient les divergences de ces méthodes, elles ont ceci de commun qu'en associant le juge à l'œuvre des contractants, et en limitant l'autorité et la portée du contrat, elles tendant à être *expérimentales, inductives et à posteriori,* et qu'avec elles le droit tend à devenir une science d'observation basée sur l'évolution économique et sociale (2). Les systèmes juridiques qui s'élaborent, à l'heure actuelle, sont de plus en plus fondés sur une conception d'ordre objectif et réaliste, et ces caractères, qui résument la transformation qui s'opère dans le droit, expliquent que les notions de bonne foi, d'équité, d'intérêt général et d'utilité sociale tendent à acquérir droit de cité dans les contrats, après en avoir chassé la fiction.

Néanmoins, certaines de ces méthodes nouvelles ne rejettent pas entièrement par dessus bord l'élément subjectif, quoiqu'il en semble, et à ce point de vue ne répudient pas complètement la méthode traditionnelle, car, comme celle-ci, elles reposent encore, dans une certaine mesure, sur une fiction de contrat. Nous voulons parler des méthodes de MM. Saleilles et Lambert. Elles invitent en effet le juge à rechercher, non ce que les parties ont voulu dire, mais *ce qu'elles auraient dit si elles avaient contracté aujourd'hui.* On modifie ainsi le contenu d'un contrat ancien, dont certaines clauses sont devenues caduques, et on lui substitue un contrat nou-

---

(1) La conception de MM. Gény et Dereux est celle de la *libre recherche,* tandis que la conception de MM. Saleilles et Lambert est celle de l'*adaptation.* Cf. Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique,* Coulet, Montpellier, 1908, p. 34 et suiv.

(2) Cf. *Les méthodes juridiques, op. cit.,* préface de M. Paul Deschanel, p. VII: « L'introduction des sciences sociales et économiques dans l'ensemble des études juridiques en ont renouvelé toute la technique ».

veau que les parties sont censées avoir fait, car si elles avaient contracté aujourd'hui elles l'auraient fait tel. Or, qu'est-ce à dire, sinon que ces méthodes mettent un contrat fictif à la place du vrai contrat, car, les faits ayant changé, il n'est pas possible que la volonté des parties soit restée la même aujourd'hui qu'hier (1). M. Tarde l'a dit: « Exister, c'est différer. » (2).

Seulement, la portée de la fiction change; dans la méthode classique, *les parties sont censées avoir contracté autrefois,* tandis que, dans la méthode de MM. Saleilles et Lambert, *elles sont censées contracter aujourd'hui un nouveau contrat.* Dans un cas la fiction concerne *le passé,* dans l'autre cas elle concerne *le présent;* dans un cas elle est originaire puisqu'elle se rattache à la formation même du contrat, dans l'autre cas elle est dérivée parce qu'elle est imaginée lors de l'exécution du contrat. Enfin, tandis que dans le premier cas elle est un *moyen technique purement logique* pour tirer du contrat, par voie de déductions rigoureuses, les conséquences qui n'y sont pas expressément prévues mais qui sont considérées comme s'y trouvant renfermées; dans le deuxième cas, elle est, au contraire, un *procédé social* ayant pour but d'assurer toujours la conformité du droit aux faits. Et par là, sous cette nouvelle forme, la fiction de contrat se révèle supérieure à la première, car, à la conception purement statique du contrat, qui est celle de l'Individualisme, elle substitue une conception essentiellement dynamique, basée sur une connaissance plus exacte du mouvement de la vie (3).

Mais, à la différence de ces méthodes qui conservent une assez grosse part de fiction, *la méthode préconisée*

---

(1) Mallieux, *op. cit.,* p. 37, interprétation de la loi; Tarde, *op. cit.,* p. 121.

(2) Tarde, *op. cit.,* p. 144.

(3) Cf. G. Morin. *La révolte des faits, op. cit.,* p. 123 et 131.

par M. Dereux, tout spécialement pour les contrats, *répudie tout élément fictif,* et par là se trouve plus près de la réalité et de la vie.

Pour M. Dereux, le juge sans doute ne doit pas méconnaître la volonté des parties, il doit au contraire toujours rechercher quelle a été leur commune intention, et toutes les fois que celle-ci est véritablement connaissable, qu'elle ait été expresse ou qu'elle ait été simplement tacite pourvu qu'alors elle ne soit pas douteuse, il devra s'incliner devant elle. Si la volonté n'est pas et ne doit pas être considérée comme le fondement et la source unique de tout droit, elle joue cependant un rôle important et ce serait commettre le pire des excès que de vouloir la bannir totalement de l'interprétation des contrats.

Mais toutes les fois que le juge ne pourra parvenir à découvrir la commune intention réelle des parties, et il en sera ainsi dans un grand nombre de cas, il devra éviter de biaiser avec les textes et de justifier ses décisions par des intentions purement fictives, pures créations de son imagination, n'ayant aucun fondement dans le monde réel des contractants. Il faut, en effet, se défier de toutes les fictions traditionnelles qui tendent toujours à substituer une conception purement artificielle à l'observation des hommes et des choses. Les parties ne pouvant tout prévoir ont une volonté nécessairement limitée et le respect de cette volonté par le juge n'est possible que dans la mesure où elle a existé. Aussi, « ce que nous reprochons à notre jurisprudence, a écrit très justement M. Gounot, *ce n'est pas de respecter la volonté contractuelle, c'est de la respecter là où elle n'est pas;* c'est de méconnaître systématiquement les bornes du vouloir humain, c'est d'invoquer trop souvent des intentions imaginaires... » (1)

(1) Gounot, *Le principe de l'aut. de la volonté,* thèse citée, p. 207.

Dès lors, dans le silence absolu des parties, au lieu de perpétuer les errements traditionnels, quels principes devront guider le juge dans l'interprétation des contrats? Il devra chercher avant tout à réaliser le juste objectif en s'inspirant du grand principe commutatif qui se résume dans *la théorie des équivalents* (1) et que M. Gény a étudié sous le nom de *théorie de l'équilibre des intérêts en présence* (2). Il donnera aux règles interprétatives générales établies par notre Code civil dans les articles 1134. 3., 1135, 1156..., l'application qu'elles méritent, au lieu de ne voir en elles que des idées vagues et de les traiter sans cesse comme des quantités négligeables. Et ainsi le juge sera un *ministre d'équité,* et fera franchement œuvre d'utilité sociale.

Cette méthode est non seulement très juridique et très légale, mais aussi très pratique et féconde en heureux résultats dans son application:

Elle est très juridique, car elle repose sur les principes d'équité et d'utilité sociale formulés dans notre Code civil par les articles 1134, alinéa 3, 1135, 1157 et 1158... Et, si ce n'était l'esprit individualiste qui l'anime,

---

(1) Cf. Ihering, *Esprit du dr. rom., op. cit.,* t. IV, n° 69, et *Der zweck in Recht,* t. I, 3e édit., 1893, p. 8 et p. 433-512. — Cf. aussi Tarde, *Les transf. du droit, op. cit.,* p. 136.

(2) Cf. Gény, *Méthode d'interpr., op. cit.,* p. 528: « La volonté des contractants se révèlera à défaut de formules nettes, dans le but essentiel de l'opération éclairé lui-même par les circonstances morales, psychologiques, économiques, sociales enfin qui l'auront accompagné. Seul l'examen de ces circonstances permettra de discerner, par voie de présomption, l'intention obscure des contractants. Et à défaut de présomption de volonté proprement dite, il incombera à l'interprète d'y suppléer par la considération des intérêts en présence dont la balance établira une probabilité normale, pouvant légitimement remplacer l'élément psychologique défaillant ». Cf. aussi Gény, *Sc. et technique, op. cit.,* t. I, p. 50 (la notion du droit positif d'après les faits) où il parle encore de la nécessité de l'équilibre à établir entre les intérêts en conflit, la notion de juste étant incomplète avec les seuls préceptes « *neminem lœdere, suum cuique tribuere* ».

on pourrait penser que notre Code contient des règles interprétatives à peu près suffisantes, que le juge devait invoquer souvent, au lieu de les considérer toujours comme inexistantes.

Elle est aussi très heureuse, car elle assure l'unification de la jurisprudence en permettant *le contrôle de la Cour de Cassation* (1). Sans doute, actuellement la Cour de Cassation se réserve d'intervenir à son gré, parce qu'elle se déclare juge de savoir si la convention est claire ou si elle ne l'est pas, si elle a été ou non dénaturée par le juge du fait (2). Mais ce contrôle n'est pas possible dans la véritable conception contractuelle classique, parce que l'interprétation des contrats consistant dans une recherche d'intentions est toujours une *question de fait* qui commande des solutions d'espèces. Si, au contraire, l'on voulait bien considérer qu'en cas de silence des parties le juge doit statuer d'après l'équité et l'intérêt général, comme le lui ordonne le Code civil lui-même, c'est-à-dire appliquer purement et simplement la loi, l'interprétation des contrats deviendrait une *question de droit,* et, comme toute question de droit, soumise à la Cour suprême qui doit toujours interpréter souverainement la loi. Demeurant toujours bien entendu que toutes les fois que le juge pourrait connaître l'intention des parties, il devrait la respecter, et que la décision qu'il rendrait en se conformant à cette intention échapperait à la censure de la Cour de Cassation.

---

(1) Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Cass. relativement à l'interprétation des contrats, voy. Dereux, *De l'interpr. des actes jur. privés,* thèse citée, p. 74 et suiv.

(2) Cf. Planiol, *Traité élém. de dr. civil, op. cit.,* n° 1184. Cf. aussi Charmont, in *Revue critique,* 1894, p. 78, la Cour de Cass. se réserverait le dernier mot, « Mais peut-il en être autrement? Est-ce que l'expérience n'a pas prouvé depuis longtemps que la distinction du fait et du droit n'est qu'une abstraction et qu'en réalité on ne les sépare jamais? »

C'est répondre par avance à l'objection d'après laquelle les fictions de contrats ne seraient pas aussi dangereuses que nous le prétendons et que nous attachons trop d'intérêt à ce qui n'en a pas : que les solutions seules importent et que les raisonnements au moyen desquels on les justifie sont choses secondaires et sans grande importance. Sans doute, nous savons qu'en réalité, en l'absence de volontés connaissables, le juge recherche la solution qui lui paraît la plus équitable, et, quand il l'a trouvée, la justifie par des volontés présumées (1), de sorte qu'en fin de compte ce serait toujours une règle objective qui présiderait à l'interprétation contractuelle. Mais il y a toujours grand danger à abuser du mensonge juridique, quand il n'y a pas nécessité absolue, car l'esprit finit par s'habituer à ruser avec les textes, à mettre sur le même pied la fiction et la réalité, et à donner ainsi du droit une bien fâcheuse impression qui est contraire au respect qu'il devrait inspirer. Et puis, nous l'avons dit, si l'on introduit la fiction dans le contrat, au lieu de le laisser soumis aux règles interprétatives du Code, on le soustrait au contrôle unificateur de la Cour Suprême.

Nous pensons donc qu'il y aurait grand avantage, quand la commune intention des parties est inconnaissable ou inexistante, à rejeter toute fiction de l'interprétation des contrats, et à appliquer au contraire la théorie plus réaliste de M. Dereux que nous avons exposée, car enfin *à une dialectique purement logique il faut préférer une dialectique vraiment sociale et utilitaire*. On continuera encore à dédaigner cette vérité ju-

(1) Cf. Dereux, « Étude des diverses conceptions actuelles du contrat », in *Rev. critique*, 1901, p. 522 : « La théorie classique dit au juge de créer fictivement une volonté des parties pour lui obéir ensuite, à peu près comme les païens se fabriquaient des idôles afin de les adorer ».

ridique, mais le temps, qui a toujours triomphé à la longue des obstacles les plus difficiles élevés par la science humaine, aura sans doute un jour raison aussi de cette insouciance.

***

Nous avons ainsi résolu, à notre sens, le problème du rôle de la fiction de contrat dans les méthodes d'élaboration et d'interprétation de la règle de droit. En dernière analyse, la fiction de contrat nous paraît se présenter sous deux formes différentes et irréductibles suivant qu'elle concourt à l'élaboration ou à l'interprétation du contrat: *assimilatrice* dans la première série de cas, elle nous semble être un précieux auxiliaire du juge en certaines hypothèses où elle supplée provisoirement aux défaillances de la loi et du contrat, et comme telle utile à conserver, mais dangereuse dès qu'on l'érige en système pour rendre compte de toutes les situations juridiques, au point qu'on doit alors s'en débarrasser définitivement ; *purement interprétative* dans la deuxième série de cas, nous estimons qu'en l'absence de toute volonté réelle et connaissable, elle joue souvent un rôle non seulement inutile mais même néfaste, et comme telle doit être bannie de l'herméneutique du droit et du raisonnement juridique dont elle vicie la véritable nature, en créant ce que l'on pourrait appeler une sorte de « romantisme juridique ».

SECTION II

LA TECHNIQUE APPLIQUEE OU LES MECANISMES TECHNIQUES

Après avoir étudié longuement la Fiction de Contrat dans la Technique théorique, nous allons examiner certains procédés particuliers de réalisation du droit, sor-

tes de *mécanismes techniques,* qu'il y a lieu de rapprocher de la fiction de contrat, et qui constituent ce que nous appelons la *Technique appliquée.*

M. Demogue a défini les mécanismes techniques lorsqu'il a écrit qu'ils étaient « pour arriver à la réalisation du droit, *des constructions puissantes dont les conséquences se font sentir sur tous les domaines du droit.* » (1) Et il a donné comme exemples les théories du sujet de droit, de la personnalité morale, de la représentation, du rapport de droit. Nous croyons qu'en se plaçant à un point de vue plus général, et en considérant les mécanismes techniques comme *des moyens concrets et expressifs de l'effort d'artifice constitutif de la technique juridique* (2), on peut aisément compléter sa liste qui n'est certainement pas limitative, et ajouter, pour le sujet qui nous occupe, les actes de pure construction, les actes simulés, les actes apparents et aussi les présomptions de droit. Et l'on pourrait d'ailleurs, au besoin, considérer comme des mécanismes techniques, les procédés particuliers des catégories spécifiques de contrats et du concept générique de contrat que nous avons cru devoir examiner dans l'étude de la technique théorique de l'élaboration du droit.

Peut-être pensera-t-on avec M. Duguit (3) que toutes ces théories encombrent la science du droit dont il serait désirable qu'elle fut débarrassée; cela est peut-être souhaitable, mais le droit, pas plus que la nature, ne progresse par bonds, et il ne faut pas toujours prendre les vœux que l'on peut former pour des possibilités immédiatement réalisables.

---

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 255.

(2) Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 228, p. 259.

(3) Voy. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive, op. cit., passim,* et *Le droit social, op. cit., passim.*

C'est d'ailleurs par l'étude même de quelques-uns de ces mécanismes techniques particulièrement importants, les contrats de pure construction, les contrats simulés, les contrats apparents et les présomptions de droit, que nous jugerons mieux de leur utilité et de leur aptitude à la réalisation du droit. Il serait vain, en effet, de vouloir examiner tous les procédés techniques existants et il suffit d'étudier spécialement quelques-uns des plus caractéristiques de ces procédés, d'où l'on puisse dégager les lignes générales de la technique appliquée.

§ 1. — LES CONTRATS DE CONSTRUCTION

Dans son livre IV[e] de l'Esprit du droit romain, Ihering, qui étudie *la loi de l'Economie juridique* (1), en vertu de laquelle « la jurisprudence ne doit pas créer des moyens et des principes nouveaux pour produire ce qu'elle peut réaliser à l'aide des moyens et des principes dont elle est maîtresse », envisage successivement l'emploi des *moyens simples,* qui consistent dans « l'application de principes et d'institutions juridiques à un but auquel leur destination primitive les rend étrangers mais avec lequel cependant ils ne sont point en contradiction (2) et l'emploi des *moyens artificiels,* qui consistent dans l'application de « principes et d'institutions qui sont détournés de leur destination naturelle, de leur sens vrai, du but pour lequel ils ont été créés, en un mot qui sont l'objet d'une extension forcée » (3). Et, au nombre de ces moyens artificiels, il étudie, outre la fiction proprement dite, les actes de construction, les actes apparents et les actes simulés.

---

(1) Ihering, *Esprit du dr. romain,* t. IV, p. 234.
(2) Ihering, *ibidem,* p. 238, et voy. p. 238 à 252.
(3) Ihering, *ibid.,* p. 238; voy. p. 266 à 300.

Au sens large, tous ces actes présentent entre eux de grandes analogies, car ils sont tous des actes n'ayant aucune utilité directe par eux-mêmes et construits uniquement pour cacher les actes réels qui correspondent à l'intention secrète des parties. Mais, en réalité, les actes apparents diffèrent des actes simulés par tout ce qui sépare l'abstrait du concret et la vérité du mensonge, ou encore la recherche d'un but particulièrement technique, de la réalisation d'une fin proprement illicite (1).

---

(1) Ihering, *ibid.*, p. 271-272. Les actes apparents appartiennent au droit, ils ont une existence abstraite; les actes simulés n'ont qu'une existence concrète. « *Tout acte simulé couvre un mensonge:* ce qui se passe réellement, ce que l'on poursuit doit rester ignoré des tiers et de l'autorité; c'est pourquoi l'on travestit l'acte véritable, par exemple, on déguise une donation sous la forme d'une vente. Le but peut être de cacher un acte contraire au droit; mais il peut aussi être de soustraire un acte parfaitement licite à la curiosité de tiers qui n'y ont aucun intérêt. *L'acte apparent n'a rien de semblable à céler.* Nul n'ignore sa signification, l'autorité elle-même y prête les mains en parfaite connaissance de cause, comme dans l'*in jure cessio* romaine. L'acte apparent ne poursuit qu'un *but particulièrement technique*, celui d'obtenir un résultat approuvé par le droit lui-même, au moyen d'une application quelque peu forcée des moyens existants: c'est un *mensonge juridique consacré par la nécessité.* Il est possible qu'à leur origine plusieurs de ces actes apparents n'aient été que des actes simulés, ce sont aussi des actions isolées qui finissent par former le droit coutumier. La première fois qu'une femme imagina de contracter *un mariage apparent* avec l'intention d'atteindre un des résultats attachés à la *coemptio fiduciæ causa,* elle conclut un acte simulé (caché). Lorsque ce moyen devint d'un usage général et que le droit coutumier l'eût sanctionné, l'acte en question devint un acte apparent (non caché). Mais cette filiation historique qui, au surplus, n'est pas celle de tous les actes de ce genre, n'altère pas le principe de la différence qui les sépare, pas plus que la circonstance que le cours du temps érige telle coutume en droit coutumier, n'efface la distinction entre les coutumes et le droit coutumier. La différence pratique entre l'acte apparent et l'acte simulé se manifestait en ceci: contesté par l'une des parties, l'acte simulé devait être déclaré nul par le juge, l'acte apparent, au contraire, grâce à la sanction du droit coutumier, était inattaquable ».

La théorie de l'acte simulé et de l'acte apparent a-t-elle aujourd'hui encore quelque importance dans le droit, et, dans l'affirmative, la science juridique moderne nous la révèle-t-elle sous des formes absolument identiques? Nous ne le pensons pas, et si l'on peut admettre, comme nous allons le faire, qu'il existe dans notre droit des actes que nous qualifions de simulés et d'apparents, ils se présentent du moins sous des caractères différents de ceux de l'ancienne Rome. Nous n'envisagerons bien entendu que ceux de ces actes qui sont synallagmatiques, et nous verrons comment, au fond, ils reposent sur une fiction. La fiction de contrat ne ressemblera plus, d'ailleurs, à celle que nous avons vue jusqu'ici; nous allons maintenant rencontrer comme *superposés ou tout au moins coexistants deux contrats, l'un fictif, l'autre réel,* tandis que, dans toutes les hypothèses que nous avons examinées précédemment, il n'y avait qu'un seul contrat, lequel était fictif (1).

En étudiant successivement les contrats simulés et les contrats apparents, qui renferment les uns et les autres des fictions de contrats, nous verrons par là même dans quelle mesure ils peuvent se rapprocher des actes simulés ou apparents du droit romain. Mais auparavant nous voudrions dire quelques mots des actes de pure construction dont parle Ihering, car ils ont une explication commune et ne sont pas sans application dans la théorie des contrats.

1° *Les contrats de pure construction*

En droit romain, la conception des actes de construction, qui est donnée par Ihering, est surtout celle d'*actes*

(1) Cf. Ihering, *Esp. du dr. rom.*, t. IV, p. 298: « Ce que l'acte apparent obtient par le moyen plus compliqué d'un acte, la fiction le réalise plus simplement au moyen de la pensée ».

contraints, c'est-à-dire d'actes imposés aux parties en vue de conserver le mécanisme technique existant, d'après lequel l'action des parties était la cause du droit, le législateur ne voulant pas commander un effet juridique *ipso jure,* mais le faire dépendre de la volonté des parties, en réglant tout de façon que les sujets le veuillent (1).

Si le mode de contrainte n'est pas absolument le même dans notre droit, celui-ci nous révèle cependant des actes de pure construction. Nous signalerons un exemple pris dans notre ancien droit et deux exemples dans notre droit actuel, pour en définir le rôle et en préciser l'importance.

A. — *Dans notre ancien droit, la Purge* ne pouvait résulter originairement que de la procédure d'expropriation forcée, qu'on appelait *décret de justice,* et elle restait interdite à la suite des aliénations volontaires. Comme il devenait cependant indispensable de l'étendre aux ventes à l'amiable, on eût recours à un expédient pour faire jouer la procédure du décret. Les parties, d'un commun accord, imaginaient une obligation pour prêt, dans le simple but de mettre en mouvement une poursuite en saisie immobilière, qui aboutirait à

---

(1) Cf. le *Senatus Consulte Pégasien:* pour imposer à l'héritier grevé d'un fidéicommis universel, qui refusait sans motif légitime d'en accepter la charge, l'obligation de faire l'adition et la restitution de l'hérédité; cf. aussi *la cautio rem pupilli salvam fore:* pour forcer les tuteurs à administrer et à répondre d'une administration mauvaise ou insuffisante, afin qu'ils ne soient pas tenus seulement comme gérants, c'est-à-dire pour les seuls cas où ils avaient agi effectivement, mais aussi comme tuteurs; cf. enfin tous les moyens de contrainte employés par l'autorité *compellendes est a Prœtore, a judice.* Cf. Ihering, t. IV, p. 266-271.

l'extinction de toutes les hypothèques (1). Il y avait donc à la fois un simulacre de contrat d'obligation et un simulacre de poursuite en expropriation: deux fictions par conséquent, dont la première, véritable fiction de contrat, était un moyen technique utilisé pour réaliser une fin très nette et très légitime, la Purge. Ce contrat fictif, point de départ de toute la procédure d'expropriation également fictive, était un acte de pure construction, puisqu'il n'avait aucune raison d'être par lui-même et pouvait très bien être supprimé, à raison de son inutilité intrinsèque et des frais excessifs qu'il occasionnait; il suffisait tout simplement au législateur de permettre la purge des hypothèques à la suite d'aliénations volontaires, et de la réglementer. Aussi, tous ces artifices disparurent le jour où la procédure complète de la Purge fut organisée par l'Edit de juin 1771, au moyen des Lettres de Ratification, dont devait plus tard s'inspirer notre Code civil.

A quoi bon, en effet, contraindre toujours, fut-ce indirectement, les parties qui veulent réaliser des fins très justes en elles-mêmes, à recourir à des voies détournées et coûteuses pour rattacher ces fins au droit existant qui ne les prévoit pas expressément, quand il serait si simple au législateur de déclarer que ce qui avait dépendu jusque là de la construction de systèmes com-

---

(1) Comme l'explique Cl.-J. Ferrière: « L'acquéreur créait une dette imaginaire au profit d'un ami qui en donnait une contre-lettre. En conséquence de cette obligation simulée, l'acquéreur de l'héritage se faisait faire par son ami un commandement pour payer et, sur le refus, cet ami saisissait réellement l'immeuble sur l'acquéreur: ensuite, à l'exception du bail judiciaire, on faisait les criées et le reste de la procédure comme dans un décret forcé jusqu'à l'adjudication ». Cf. Cl.-J. Ferrière, *Dict. de droit et de prat.*, V° Décret volont., nouv. édit., Paris, 1769, t. I, p. 414-415.

Voy. aussi J. Brissaud, *Cours d'hist. génér. du dr. français public et privé*, t. II, Paris, 1904, p. 1517.

pliqués, résultera désormais de l'existence de certaines circonstances et de certains rapports, et sera acquis ainsi de plein droit, sans que les parties aient à employer le moindre subterfuge? Aussi, le procédé technique de la fiction du décret forcé, comme toutes les fictions matérielles ou de forme, a disparu, devant la formalité directement adéquate au but, lorsqu'elle a été trouvée (1).

B. — Le droit contemporain des *créations de fondations par testament* (2) et, d'une façon générale, le droit des *libéralités avec charges* (3) nous révèle encore l'existence d'actes de pure construction, destinés à étendre un peu les dispositions par trop étroites et arbitraires de notre Code civil.

La loi française ne permettant pas au testateur d'adresser sa libéralité à l'établissement qu'il veut fonder parce que, au jour de son décès, cet établissement n'a encore aucune existence juridique, et, pas plus que les enfants non conçus, ne constitue un sujet de droit (4), il serait impossible de créer une fondation entièrement nouvelle par disposition testamentaire, si la jurisprudence n'avait permis de tourner la difficulté au moyen d'une libéralité faite à une personne existante et déterminée, avec charge de réaliser la fondation, comme le

(1) Cf. Gény, *Sc. et tech., op. cit.*, t. III, n° 241, p. 369-372, et n° 351, p. 441 (note 1).

(2) Cf. Duguit, *Les transf., op. cit.*, p. 106 et suiv.

(3) Cf. Planiol, *Traité élém. de dr. civil*, t. III, *op. cit.*, n° 3007-3025, p. 776-785. Cf. aussi Gény, *op. cit.*, n° 212, p. 163-164.

(4) Cette difficulté, provenant de l'art. 906 du C. civil, bien que la plus importante, n'était pas d'ailleurs la seule; il y avait la difficulté provenant de l'art. 896 qui prononce la nullité des substitutions prohibées, et celle provenant de l'art. 911 qui prononce la nullité des donations à incapables par personnes interposées.

testateur aurait pu le faire lui-même de son vivant (1). Et l'établissement pourra même, après avoir été reconnu d'utilité publique, agir en justice pour contraindre le légataire à exécuter la charge dont il est grevé (2).

Ce détour ingénieux, n'ayant aucune utilité par lui-même et constituant un simple moyen technique pour réaliser la fondation, est un acte de pure construction reposant sur une entente, expresse ou tacite, entre le testateur et le légataire grevé de la charge de la fondation. On peut, d'ailleurs, en dire autant de beaucoup de libéralités entre vifs ou après décès, faites avec charges : il intervient un contrat qui est une pure construction destinée à permettre d'atteindre indirectement des fins qui sont interdites directement, en l'état actuel de la législation d'une façon assez arbitraire (3), par une réglementation trop étroite des dispositions à titre gratuit (4).

---

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, n° 3343 à 3346, p. 900-903. — Cf. aussi E. Coquet, *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, thèse Poitiers, 1908, 2e partie, chap. IV, « Les fondations par intermédiaire », n° 96-114, p. 116 à 174.

(2) Cf. Cass., 21 juin 1870, D. 71-1-97; — S. 70-1-367, et 8 avril 1874, D. 76-1-225. — S. 74-1-258.

(3) Comp. le projet de la Société d'Etudes législatives permettant à toute personne de créer directement une fondation, soit par acte entre vifs, soit par testament, en vertu d'une dérogation au principe que toute personne morale doit son existence à l'Etat, et sans avoir besoin de recourir à des intermédiaires, tout en assurant un contrôle par l'Etat et par la famille du fondateur. *Bulletin de la Société*, 1909, *passim*.

Comp. aussi le Code civil allemand qui, dans son art. 80, suppose plus qu'il ne reconnaît la validité des fondations testamentaires, et le Code civil suisse qui, dans l'art. 81, les reconnaît expressément : « La fondation est constituée par acte authentique ou par testament ». (C. c. suisse du 10 déc. 1907, titre II « Des personnes morales », chap. III, « Des fondations »).

(4) Cf. Gény, *op. cit.*, t. III, n° 212, p. 164. — D'ailleurs comme, malgré la grande ressemblance en fait de la libéralité avec charge et de la libéralité par personne interposée, la première est valable et la seconde nulle, la jurisprudence arrive à valider des libéralités annulables qui sont soumises à son examen, en les considérant comme des libéralités indirectes faites avec charge.

C. — Nous voudrions enfin parler de la *clause usitée dans certains contrats de mariage en vertu de laquelle le conjoint survivant de l'époux doté aurait l'usufruit de tout ou partie des biens donnés, en cas de prédécès du donataire sans enfant.* On sait que la jurisprudence a refusé de la valider comme constituant un pacte sur succession future équivalant à une renonciation anticipée au droit de retour légal (1). Et cependant c'est une clause tutélaire qui a pour but de parer à la situation pénible et injuste de la femme survivant à un oisif richement doté, plus sûrement que la loi du 9 mars 1891; c'est une disposition d'un intérêt familial évident, répondant à un sentiment très louable de prévoyance, une pratique utile qui tend à faciliter les mariages (2). Aussi serait-il bon de trouver un moyen légal pour la rendre valable.

On connaît les deux procédés qui ont été proposés par MM. Lyon-Caen et Gény; ils supposent l'existence d'un contrat qui est en somme fictif: *donation implicite de l'usufruit* faite directement par le constituant au conjoint survivant, pour M. Lyon-Caen; ou *institution contractuelle d'usufruit* par l'époux doté à son conjoint, futur survivant, pour M. Gény (3). Mais que ce contrat

---

(1) Cf. Cass., 24 juillet 1901, D. 1901-1-537, note de M. Sarrut; P. 1901-1-521; S. 1901-1-433, note de M. Lyon-Caen; cette décision a été maintenue par un arrêt des Chambres réunies du 2 juillet 1903 (D. 1903-1-352; S. 1904-1-65; Pand. fr. period. 1903-1-497, avec une longue note de Fr. Gény.)

(2) Cf. Cruet, *La vie du droit, op. cit.*, p. 164.

(3) Cf. les notes publiées sous les arrêts ci-dessus, et en outre: Planiol, *op. cit.*, t. III, édit. 1918, n° 1904 *bis*, p. 405 et note 1. — Gény, *op. cit.*, t. III, 1921, n° 213, p. 170. — E. Potu, art. in *Rev. critiq. de lég. et jur.*, 1913, nouv. série, t. XLII, n° 85-94, p. 41-49. — M. Nast, *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, thèse Paris, 1905-1906 (notamment n° 320) — M. J. Garin, « Etude sur les libéralités en usufruit entre époux portant sur des biens sujets à retour », in *Rev. trim. de dr. civil*, 1919, t. XVIII, p. 8-16.

intervienne dans les rapports des parents donateurs et des époux donataires, ou dans les rapports des époux entre eux, il n'en est pas moins fictif et il aurait certainement suffi comme justification du but poursuivi, si les parties avaient pris la sage précaution de rédiger la clause d'une façon un peu moins nette, et s'étaient contentées de faire connaître le résultat qu'elles visaient sans préciser le moyen juridique de l'atteindre. La jurisprudence, ici comme dans d'autres circonstances, aurait établi elle-même le mécanisme nécessaire, « omni meliore modo », puisque la fin poursuivie était licite, la donation d'usufruit faite directement entre conjoints étant parfaitement valable, même quand elle porte sur des biens soumis au droit de retour. La fiction de contrat serait donc ici une *fiction d'utilité sociale,* elle constituerait un acte de pure construction, sans valeur propre, et n'ayant d'autre raison d'être que de réaliser une fin juste et équitable (1).

Et qu'on le remarque bien : l'acte de construction n'est pas nécessairement un contrat mais il peut être un contrat; en tout cas, ce n'est pas le plus souvent un autre contrat qu'il cache et doit permettre de réaliser, mais un acte juridique quelconque. Il en va tout autrement des contrats apparents et des contrats simulés, qui, par définition, sont des contrats fictifs, et aussi de pure construction, mais dont le but est de faciliter la

---

(1) Voy. ce qu'a écrit à ce sujet M. Gény, dans *Science et technique,* t. III, n° 213, p. 172: « S'agit-il d'une prohibition, telle que celle des pactes sur succession future (art. 791, 1130, 1600 C. civ. franç.), injustifiable dans sa généralité trop absolue et qui ne puisse légitimement entraver certaines dispositions d'un intérêt familial évident, on se servira volontiers, et en toute conscience, du moyen d'une catégorie, englobant manifestement la clause en litige, pour dérober celle-ci à la nullité arbitraire qui la menace ».

formation d'un autre acte qui est nécessairement un contrat.

2° *Les contrats simulés*

De tout temps, les parties se sont constamment ingéniées à violer la loi (1), et les moyens de fraude que l'on emploie aujourd'hui ne sont pas tellement nouveaux, on peut aisément s'en rendre compte. C'est pourquoi il n'est pas difficile de les classer. Nous nous bornerons, pour notre sujet, aux contrats simulés que révèle la pratique dans le domaine où la fraude est la plus répandue.

« Une certaine méthode, a écrit Ihering, devait présider à la violation de la loi, les mêmes procédés, le même travail devaient se reproduire partout. En effet, nous rencontrons surtout *deux moyens* constamment mis en œuvre :

Le premier consistait à faire exécuter l'action par une personne capable, si l'on se trouvait dans un cas d'incapacité personnelle. (Loi Ælia Sentia, Loi Voconia...). C'était un sentier détourné qui devint bientôt une route large ouverte... » (2).

Ce moyen de fraude nous paraît avoir quelque ressemblance, nous le verrons tout à l'heure, avec l'interposition de personnes employée dans les actes à titre gratuit.

---

(1) Cf. Ihering, *Espr. du dr. rom.*, t. IV, p. 254 : « L'un des problèmes les plus ardus avec lesquels le législateur ait à lutter, c'est celui d'empêcher les fraudes à la loi. Tout l'art qu'il déploie peut à peine résister aux finesses que la vie met à la violer, à la miner, à la battre en brèche. Il ne suffit pas toujours, pour obtenir le but désiré, d'ordonner une chose ou de la défendre; il ne suffit pas que l'épée ait un tranchant bien effilé pour que le coup porte; le coup le plus terrible, si l'adversaire l'évite, devient un coup d'épée dans l'eau... Pour éluder ses lois, chaque jour amène de nouvelles fraudes... Les mesures légales qui sont prises ne servent à rien ou presque à rien ».

(2) Ihering, *ibidem*, t. IV, p. 263.

« *Le deuxième moyen* pour frauder la loi et qui se confond en partie, mais non d'une manière absolue avec le premier consiste dans l'emploi de l'acte simulé. Les parties conviennent que l'acte auquel elles procèdent extérieurement n'aura pour elles aucune signification sérieuse. Ainsi la loi prohibait les donations entre époux: pour échapper à cette défense, les époux simulaient un divorce auquel, lorsque la donation était accomplie, succédait une réconciliation; ou bien encore ils déguisaient leur donation sous la forme d'un contrat de vente. » (1) Mais comme nous avons envisagé l'acte simulé dans un sens plus général, nous parlerons d'*actes déguisés* pour désigner ce procédé de fraude. Voyons donc comment la théorie de la simulation dans les contrats, qui consiste pour les parties à faire ouvertement un acte différent de celui qu'elles concluent en réalité, repose sur une fiction.

Il y a simulation, écrit M. Planiol, « lorsque l'on fait une convention apparente, dont les effets sont modifiés ou supprimés par une autre convention contemporaine de la première et destinée à rester secrète. » (2) En sorte qu'on se trouve en présence de *deux actes: un acte ostensible et un acte secret;* l'acte ostensible et purement apparent qui est faux, l'acte secret et réel qui est vrai; dans tous les cas, il faut qu'il y ait identité de parties et identité d'objet entre les deux actes. Et on appelle *contre-lettre* l'écrit constatant la convention secrète qui déroge en tout ou en partie à l'acte ostensible, qui est la lettre proprement dite.

Or, c'est dans l'étude des effets de la simulation que l'on découvre le contrat simulé ou fictif qui présente ici une particularité notable: c'est que la fiction se

---

(1) Ihering, *ibidem,* t. IV, p. 263 et suiv.

(2) Cf. Planiol, *op. cit.,* t. II, n° 1186, p. 388.

déplace suivant que l'on envisage les rapports des parties entre elles ou des parties avec les tiers. On sait que dans les rapports des parties entre elles, la convention ostensible n'a aucune valeur, la convention secrète produit tous ses effets (art. 1321) ; tandis que dans les rapports des parties avec les tiers, la convention ostensible doit produire tous ses effets, à moins qu'elle ne leur soit nuisible et qu'ils puissent prouver l'existence et la teneur de la convention secrète. Qu'est-ce à dire, sinon que suivant que l'on envisage les uns ou les autres des effets de la simulation, c'est tantôt la lettre, tantôt la contre-lettre qui est fiction de contrat? C'est la lettre ou convention ostensible qui est fictive dans les rapports des parties entre elles, c'est la contre-lettre ou convention cachée qui est en principe fictive dans les rapports des parties avec les tiers. Et ce sont des fictions de contrats négatives, puisqu'il s'agit de conventions que l'on considère comme inexistantes, toute simulation supposant nécessairement le concours de deux conventions, l'une seule d'elles devant produire effet et l'autre devant être écartée.

Cette espèce de fiction de contrat joue un rôle assez important dans notre droit, puisque on la rencontre dans les contrats à titre onéreux et à titre gratuit.

Dans les contrats à titre onéreux, le contrat simulé est purement fictif et n'a pas d'existence réelle. C'est le cas du débiteur qui, pour se soustraire à la poursuite de ses créanciers, simule une vente à un tiers, mais rédige en même temps une contre-lettre pour établir qu'il n'a jamais voulu vendre et qu'il est toujours resté propriétaire.

Dans les contrats à titre gratuit, la fiction apparaît dans les contrats déguisés et dans les contrats avec interposition de personnes.

A. — Dans les contrats déguisés, elle se révèle sous trois formes différentes :

Tantôt, les parties voulant cacher la véritable nature de la convention formée, emploient la forme d'une autre convention ; elles déguisent, par exemple, une donation sous l'apparence d'une vente ; alors, la fiction ne porte pas sur le fond de la convention qui est la mutation de propriété, mais sur son mode de réalisation qui est le contrat à titre onéreux. Ou encore les parties tournent les dispositions légales relatives aux conditions d'exercice du retrait successoral en les cachant sous la forme d'une donation ou sous celle d'un mandat.

Tantôt, comme la simulation peut se rencontrer aussi bien dans les donations qui se font par voie de promesse que dans celles qui se font par voie de dation (1), il peut y avoir fiction dans le fait de la reconnaissance d'une dette qui n'existe pas : lorsque le donateur signe un billet par lequel il se reconnaît débiteur envers le donataire de la somme qu'il veut lui donner ; ou encore dans la reconnaissance d'apports qui n'ont pas été fournis et dont on s'engage cependant à répondre (2).

Tantôt enfin, nous pensons qu'il y a fiction de contrat à titre gratuit, dans le cas prévu par l'article 918 du Code civil, c'est-à-dire dans les aliénations à fonds perdus ou faites avec réserve de rente viagère ou d'usufruit, sous la forme onéreuse, au profit d'un héritier en ligne directe, puisqu'il y a une présomption légale de donation faite par préciput et hors part.

B. — Dans les contrats faits avec interposition de personnes, ou avec emploi de prête-nom, pour cacher le véritable bénéficiaire d'une libéralité, la simulation porte sur les personnes. Il y a ici aussi un contrat

---

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 2554.
(2) Cf. Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 212, p. 158.

ostensible fait au profit d'une bénéficiaire purement apparent, qui constitue une fiction de contrat. Le bénéficiaire apparent joue le rôle de personne interposée, et ainsi le contrat véritable qui est fait au profit d'une personne qui n'est pas effectivement partie à l'acte, un incapable le plus souvent, se trouve caché (1). Nous verrons dans l'étude de la présomption le rôle que joue la présomption légale dans cette fiction de contrat.

Nous voudrions surtout bien faire ressortir *le rôle technique des contrats onéreux dans le déguisement des libéralités entre vifs,* puisque, malgré les dispositions impératives de la loi, les donations sans formes légales sont reconnues valables sous le voile des contrats à titre onéreux.

Il y a application du principe en vertu duquel on refuse à un contrat la réglementation de la catégorie dans laquelle il rentre normalement, parce qu'elle est trop stricte et trop rigide dans ses exigences légales de forme, pour rattacher ce contrat à une autre catégorie juridique plus souple et aux formes moins gênantes que celle de la catégorie propre, tout en suffisant à le soutenir. Alors, le contrat réel, c'est la donation que l'on cache pour éluder les règles spéciales aux libéralités; le contrat fictif, c'est celui que l'on fait apparemment et qui se révèle véritablement aux tiers. Et il faut qu'il y ait à la fois observation des règles de formes du contrat apparent, qui est à titre onéreux, et obser-

---

(1) Cf. Charmont, *La loi et l'esprit dém., op. cit.*, p. 113: « La propriété corporative se constitue tantôt ouvertement, tantôt par un procédé détourné; le plus simple et le plus usité, c'est *l'interposition de personnes.* Un des associés ou même un tiers agissant pour son propre compte acquiert des biens destinés à l'association. En fait, ces biens sont affectés à l'usage commun; souvent même une contre-lettre constate que l'associé n'en est que propriétaire apparent. Mais ce procédé est dangereux... »

vation des règles de fonds du contrat réellement conclu, qui est à titre gratuit.

Et ainsi les catégories juridiques, vues d'un certain côté, et en vertu d'une sorte « d'inversion tendancieuse de leur rôle », présentent ce caractère d'être « un instrument d'affranchissement des volontés entravées dans les liens d'un formalisme jugé suranné » (1), et d'assouplissement, voire même de déformation du droit pris en soi » (2). Et cette substitution des catégories contractuelles est admise par la jurisprudence, car aujourd'hui les dispositions gratuites sont moins considérées comme « des actes de prodigalité antifamiliale » (3), et l'excès d'autoritarisme, qui semble incompatible avec l'esprit d'indépendanee inhérent à la civilisatiou moderne (4), nous surprend en face de la liberté des volontés juridiques dans toutes ses manifestations de la vie courante.

Qu'on le remarque bien d'ailleurs, *la fiction n'est relative qu'aux formes* et non aux règles de fonds; car si la jurisprudence admet la catégorisation des donations en contrats onéreux, cette catégorisation est purement formelle et ne change rien aux règles de fond des donations, notamment pour les questions de capacité, de rapport à succession, de réduction en cas d'atteinte à la réserve, de révocation pour causes prévues par la loi..., puisque c'est à ceux qui veulent l'application de ces règles à en établir la véritable nature, ce qui leur est permis par tous les moyens de preuve. En outre, pareille tentative pour les dispositions gratuites après décès, en vue d'éluder les exigences des formes

(1) Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 212, p. 155.
(2) Gény, *ibidem*, n° 212, p. 158.
(3) Gény, *ibid.*, n° 212, p. 153, note 1.
(4) Gény, *ibid.*, n° 212, p. 155.

testamentaires légales, n'a pu réussir et ne saurait jamais aboutir (1).

Nous étudierons enfin, à titre de dernier exemple, une convention particulière où le contrat simulé apparaissant sous un jour illicite échappe le plus souvent à la censure du juge qui en fait se trouve impuissant contre l'accord complet des parties intéressées. Nous voulons parler des conventions ayant pour but de tourner les dispositions de l'article 908 alinéa 1er du Code civil prononçant *l'incapacité relative des enfants naturels à recevoir par donations entre vifs.* On sait que la loi du 25 mars 1896 qui, en modifiant l'article 908, a institué un système nouveau pour les libéralités testamentaires, a maintenu, pour les libéralités faites par donations entre vifs, la règle préexistante en vertu de laquelle les enfants naturels « ne peuvent rien recevoir par donations entre vifs au-delà de ce qui leur est accordé au titre des successions ». C'est donc leur vocation héréditaire ab intestat, augmentée d'ailleurs par la même loi de 1896, qui limite leur capacité à recevoir par ce procédé.

Mais la pratique a trouvé, ici comme ailleurs (2), le moyen de violer les prescriptions de la loi et d'assimiler l'enfant naturel à l'enfant légitime, comme le fait le même article 908 alinéa 2e pour les dispositions testamentaires. Et, disons-le tout de suite pour diriger notre exposé, la violation de l'article 908 alinéa 1er est faite au moyen d'une convention apparente et écrite qui tient lieu de la véritable convention non exprimée qui est la donation.

---

(1) Gény, *ibid.*, n° 212, p. 162 et 163.

(2) Sur le rôle du praticien, voy. Charmont, *Le dr. et l'espr. démocrat., op. cit.*, p. 27.

Pour tourner le nouvel article 908, al. 1er (1), relatif aux donations entre vifs (2), les moyens n'ont pas manqué. Nous prendrons pour exemple une donation-partage faite par les parents à leurs enfants au nombre desquels se trouve des enfants naturels et nous insisterons surtout sur les procédés qui reposent sur une convention apparente.

Il y a d'abord le moyen qui consiste à *établir en fait des lots matériellement égaux* et à déclarer ensuite dans l'acte que la part attribuée à l'enfant naturel est exactement de la moitié de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime. Seulement, ce procédé ne paraît pas le plus sûr, car les donataires lésés auraient toujours la faculté de faire la preuve de l'inexactitude flagrante des estimations, en intentant l'action en rescision pour lésion ou l'action en réduction pour atteinte à la réserve (art. 1079).

Mais il y a d'autres procédés moins risqués. Les donateurs, après avoir constitué des lots égaux, mettent *à la charge de l'enfant naturel une soulte* égale à la valeur de la moitié de son lot et dont les autres donataires donneront aussitôt une quittance purement fictive ; ou, pour plus de sûreté, les donateurs ne font donation

(1) Pour tourner l'ancien art. 908 qui décidait que l'enfant naturel ne pouvait rien recevoir ni par donation entre vifs, ni par testament, au-delà de sa part successorale, il suffisait aux parents de ne pas reconnaître leur enfant, car alors il était pour eux un étranger auquel ils pouvaient donner ou léguer plus librement. Et ce n'est qu'à partir de 1840 que la Cour de Cassation, par un arrêt du 7 décembre 1840 (D. 41-1-44; S. 41-1 140) a pu annuler la libéralité quand il pouvait être établi que la considération de la parenté naturelle en avait été la cause impulsive et déterminante, par suite, par exemple, d'une reconnaissance faite de façon irrégulière.

(2) Il y a moins d'intérêt à tourner l'alinéa 2 de l'art. 908, relatif aux testaments, puisque la capacité de l'enfant naturel est très augmentée par suite de son assimilation possible à l'enfant légitime le moins prenant.

directe à l'enfant naturel que de la part légale, et donnent à titre indivis entre tous les donataires des immeubles qui, par un acte de *licitation* ultérieur, seront attribués à l'enfant illégitime contre paiement par lui d'une somme également fictive; ou encore les deux procédés de la soulte et de la licitation peuvent être employés cumulativement. Le procédé de la soulte se confond d'ailleurs juridiquement avec celui de la licitation; car la soulte contenue dans le partage anticipé, c'est la licitation immédiate.

Or, n'y a-t-il pas alors *deux conventions superposées,* l'une ostensible et fictive, l'autre véritable et réelle? La licitation est un contrat simulé puisqu'elle contient quittance d'une somme non payée qui a pour but unique de permettre, par une voie détournée, la donation à l'enfant naturel d'une part égale à celle des enfants légitimes; cette donation illicite c'est, à n'en pas douter, le contrat réel que l'on a voulu conclure (1).

Et c'est le procédé de la licitation qui nous intéresse ici, parce qu'elle est un contrat simulé. Sans doute, malgré les dispositions formelles de la loi, la licitation s'imposera en fait aux parties. Le résultat qu'elle permet d'atteindre peut être réalisé légalement au moyen du testament; or, en somme, la licitation ne fait pas

---

(1) Il y aurait sans doute un procédé tout aussi simple que les précédents qui consisterait pour les donateurs, qui ont fait un partage anticipé par égales parts à leurs enfants, de léguer à l'enfant naturel les mêmes biens qui ont fait l'objet de la donation; ils éviteraient ainsi la réduction prévue pour les donations puisque la loi est plus bienveillante pour les testaments. Et comme d'autre part, ce ne sont que les personnes qui viennent à la succession du donateur, qui peuvent critiquer la donation, les autres enfants ne pourraient rien du vivant des parents, et, à leur décès, ils devraient respecter le testament. Il y a quelque chose de semblable au moyen qu'a la femme dotale de confirmer la donation-partage que son contrat de mariage lui interdisait, par un testament. Mais le testament étant un acte unilatéral ne nous intéresse pas directement ici.

autre chose que le testament, acte unilatéral, il n'est qu'une voie différente conduisant à la même fin. Ensuite, la licitation est la loi des parties liant les héritiers éventuels qui, par avance, s'interdisent toute critique, puisqu'ils quittancent volontairement une somme non payée. Enfin et surtout il ne leur servirait de rien de prouver, à supposer qu'ils le puissent, qu'ils ont signé une quittance fictive sous le coup de la violence, du dol ou d'une erreur, car les donateurs auraient toujours la faculté, soit de confirmer la donation anticipée, soit tout au moins de fournir une compensation à leur enfant illégitime au moyen d'un legs de biens dont ils n'avaient pas encore disposé ou dont ils sont devenus propriétaires depuis le partage d'ascendant. Au surplus, d'ailleurs, si la licitation est un contrat simulé au point de vue strictement légal, elle ne serait dans le fait, ajoute-t-on, qu'un contrat apparent, le droit ne devant pas éternellement méconnaître les déshérités du hasard, lorsque tous ceux qui auraient intérêt à opposer la filiation irrégulière consentent délibérément à ne pas s'en prévaloir. Mais n'est-ce pas alors oublier qu'il est pour le législateur un devoir impérieux de protéger et de favoriser la filiation issue du mariage, et, tout en accordant une vie juridique assez large aux enfants naturels, d'éviter tout ce qui pourrait porter atteinte trop gravement à la filiation légitime?

Aussi l'appel fait à la fiction dans les contrats simulés a, le plus souvent et dans une certaine mesure, pour objet une fraude à la loi, que celle-ci prévoit et réprime d'ordinaire (1); nous allons voir qu'il n'en est pas de même pour les contrats apparents.

---

(1) Les divers moyens employés par le législateur et le juge pour combattre la simulation et donc faire disparaître la fiction de contrat, ne nous paraissent pas offrir ici d'intérêt spécial.

3° *Les Contrats Apparents*

Nous avons rappelé qu'en droit romain si l'acte simulé et l'acte apparent couvraient tous deux des mensonges juridiques, celui de l'acte apparent était consacré par la nécessité, car son but n'était jamais illicite, mais purement technique. Nous pensons qu'il y a une grande analogie avec le droit français, et, en la recherchant, nous allons avoir l'occasion de découvrir une nouvelle fiction de contrat (1).

L'un des actes apparents le plus typique et le plus récent de l'ancienne Rome que Ihering a étudié le plus longuement est la *coemptio fiduciae causa;* le mariage était un acte ostensible, pur intermédiaire, par lequel « le monde féminin cherchait à atteindre des buts tels que l'affranchissement des sacra, le changement de tutelle et le droit de tester » (2), qui constituaient les actes réels. En effet, s'il y a acte apparent, c'est qu'il y a, derrière l'acte dit apparent, un acte véritable; l'acte apparent est donc purement fictif, et, s'il est bilatéral, c'est une fiction de contrat.

On pourrait peut-être dire que, dans notre droit français actuel, il y a un cas tout récent et né de la guerre, où le mariage est, dans une certaine mesure, un acte apparent et se trouve contracté *fiduciae causa.* Nous faisons allusion à *la loi du 4 avril* 1915 qui a institué pour le temps des hostilités, *le mariage par procuration,* et dont nous avons déjà parlé (3). C'est dans l'hypothèse spéciale où la légitimation était le but réel du mariage que celui-ci nous semble une sorte d'acte appa-

---

(1) Sur le rapprochement de l'acte apparent et de la fiction, voy. P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique,* Bruxelles et Paris, 1907, n° 244-250, p. 406-412.

(2) Cf. Ihering, *Espr. du dr. rom.,* t. IV, p. 274.

(3) Cf. *supra,* p. 95-96.

rent : en effet l'acte réel, véritable but poursuivi par les contractants et surtout voulu par le législateur, c'est la légitimation. Il y a là un exemple du caractère conservateur de notre droit et en même temps une application de la loi d'économie des moyens existants. Mais, si cette loi est intéressante au point de vue général de la technique juridique, il ne faut rien exagérer au point de vue spécial de l'acte apparent, et si elle renferme une fiction de contrat, nous avons vu que celle-ci est indépendante de la notion d'acte apparent.

Le Code civil et la pratique courante des affaires nous révèlent des contrats apparents, véritables fictions de contrats, qui recouvrent de leur forme juridique et légale d'autres contrats que les tiers, l'autorité, et la loi elle-même ne méconnaissent pas et même le plus souvent favorisent ouvertement, parce qu'ils constituent une *nécessité juridique*. Ihering a écrit que « les actes apparents n'étaient que l'un des nombreux expédients auxquels les juristes romains avaient recours pour satisfaire, avec les moyens existants, aux besoins nouveaux qui surgissaient dans la vie. » (1) Et la nécessité d'assurer la vie large et continue du droit, dont le caractère essentiel doit toujours être pragmatique et humain, explique encore aujourd'hui l'existence des contrats apparents. Nous examinerons successivement la déclaration de command, la théorie de la représentation, et la pratique de la quittance subrogative.

A. — *La déclaration de command, ou élection d'ami,* n'a pas été établie par le Code civil, puisqu'elle existait antérieurement et avait été réglementée par les lois du 22 frimaire an VII et du 28 avril 1816, mais le Code l'a admise par son silence. Elle consiste, comme on le

(1) Cf. Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 280.

sait, dans la faculté accordée à tout acquéreur de ne pas révéler au vendeur son véritable nom, en faisant réaliser l'achat par un ami qui déclarera, aussitôt après l'acquisition, le véritable nom de l'acquéreur, à la condition qu'il s'en sera réservé la faculté dans le contrat même d'acquisition. Il y a donc deux acheteurs, un acheteur apparent et un acheteur véritable, et en conséquence il y a deux contrats superposés, un contrat apparent et un contrat réel. Le contrat de vente apparent est celui qui intervient entre le vendeur et l'ami qui sert d'intermédiaire au véritable acquéreur; le contrat réel est au contraire conclu entre le vendeur et l'acquéreur définitif. Le contrat apparent, qui est ici une fiction de contrat de vente, s'explique par la convention qui lie l'acquéreur apparent et l'acquéreur réel et qui est au fond une fiction de contrat de mandat; ce n'est pas un véritable mandat, puisque le mandataire est dispensé de faire connaître le nom de son mandant.

Et ce que nous disons de la déclaration de command ordinaire, qui doit être dénoncée à l'enregistrement dans les vingt-quatre heures, est aussi vrai, dans une certaine mesure, de la déclaration de command faite par les avoués dans les trois jours de l'adjudication (1).

B. — *La théorie de la représentation des incapables dans les actes juridiques* nous révèle aussi un contrat apparent. Mais le développement historique de la représentation des incapables nous apprend que ce contrat apparent ne s'est pas révélé dès l'origine; et, en conséquence, la fiction de contrat n'a pas toujours été le fondement de cette théorie.

Aux temps primitifs de l'ancienne Rome, le pupille contractait lui-même, assisté, « augmenté de son tu-

éclatante [illegible].

(1) Code de procédure civile, art. 707.

teur »; dans ce système ancien de l'*auctoritas tutoris*, il y avait contrat proprement dit du pupille.

A l'époque formulaire, lorsque le préteur institua le système de la *negotiorum gestio*, le tuteur agissait lui-même, mais devait transférer tous les effets produits en sa personne sur la tête du pupille; il y avait alors comme deux contrats successifs, le contrat proprement dit et le contrat de transfert des droits acquis.

Enfin, à l'époque impériale, quand le système prétorien fut perfectionné par l'addition de quelques éléments pris à l'*auctoritas tutoris*, le tuteur continua à agir lui-même, mais les effets de ses actes se produisirent directement sur la tête du pupille.

C'est avec ce dernier système qui s'est perpétué à travers les âges jusqu'à nos jours, que la représentation s'est dédoublée en deux contrats, l'un apparent et l'autre réel. Le contrat apparent est celui qui se manifeste aux yeux de tous et se forme entre le tuteur et les tiers; mais le véritable contrat qu'il masque est conclu entre l'incapable et les tiers. N'est-il pas encore vrai de dire que le système de la représentation des incapables repose sur une fiction de contrat puisque tout se passe comme si les incapables avaient contracté eux-mêmes en personne, alors que seul le tuteur a paru sur la scène juridique? (1)

C. — *La pratique courante des affaires*, avons-nous dit, nous révèle aussi des contrats apparents. Nous savons comment les praticiens du droit se sont ingéniés à éviter *la nullité des substitutions* prononcée par le Code civil, au moyen du legs d'usufruit ou du legs fait sous une double condition résolutoire et suspensive, qui

---

(1) Comp. L. Lecocq, thèse précitée, p. 54-62, qui refuse tout caractère fictif à la représentation pour autrui envisagée à un point de vue général dans les actes juridiques.

est parfaitement valable. Ils ont ainsi réussi à trouver dans la loi elle-même les moyens de tourner la loi (1). Le legs d'usufruit et le legs conditionnel sont les actes apparents qui cachent l'acte réel qui est la substitution. Sans doute ce sont des actes apparents unilatéraux; mais les contrats apparents dont nous voulons parler maintenant s'inspirent au fond du même principe: le praticien, voulant éviter la formation d'un acte juridique que la loi soumet à des formalités complexes ou même rend impossible, emploie tout son art à le couler dans le moule d'une autre catégorie légale et à lui donner un nom et une forme nouvelles sous lesquels il deviendra plus simple et plus aisément réalisable.

Il en est ainsi de *la cession-transport de créances appartenant à des incapables,* que l'on réalise effectivement sous la forme de *quittance subrogative.*

Normalement, lorsque le tuteur veut céder une créance appartenant à un mineur ou à un interdit, il doit être autorisé du conseil de famille et obtenir en outre l'homologation du tribunal si la somme est supérieure à 1.500 francs (2). Et si l'on analyse de près *la convention de cession,* on peut la décomposer en deux éléments constitutifs, le paiement par le cessionnaire d'une somme au tuteur et la subrogation consentie par celui-ci dans l'effet de tous les droits et actions de l'incapable qu'il représente. Or, il y a précisément un autre acte qui s'analyse aussi essentiellement en ces deux mêmes éléments, *la quittance subrogative* par le créancier à un tiers, conforme à l'article 1250, alinéa 1 du Code civil; et celle-ci est permise au tuteur sans aucune formalité spéciale, car il a tous pouvoirs pour donner quittance et mainlevée. Rien de plus simple,

---

(1) Cf. Cruet, *op. cit.,* p. 162-163.

(2) Cf. les art. 1 et 2 de la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à des mineurs et à des interdits.

par conséquent, que de traduire l'opération juridique de cession-transport de créance sous la forme de quittance subrogative. L'acte, l'instrumentum, ne dira pas: que le tuteur a cédé et transporté au cessionnaire acceptant la somme constituant le montant de la créance, qu'il la mis aux lieu et place du mineur ou de l'interdit quant aux droits d'hypothèque et de privilège garantissant le paiement, et que le transport a eu lieu moyennent pareille somme payée et quittancée. Il sera conçu différemment: le tuteur reconnaîtra avoir reçu, pour le compte de l'incapable, du cessionnaire payant en l'acquit du débiteur, la somme formant le montant en principal de l'obligation souscrite au profit de l'incapable; il donnera quittance au cessionaire de la somme payée; et, par suite, en conformité de l'art. 1250 al. 1 du Code civil, il subrogera expressément le cessionnaire dans l'effet de tous les droits, actions et hypothèques de l'incapable contre le débiteur (1). Ainsi il aura réalisé une cession-transport valable sans aucun concours particulier d'une autorité quelconque supérieure à lui.

Or, n'est-il pas incontestable que la quittance subrogative est un contrat apparent qui traduit une cession-transport? Ce qui prouve surabondamment que la cession est bien le contrat réel, c'est que, même réalisée sous la forme de quittance subrogative, il y a toujours lieu de remplir les formalités de publicité exigées par l'article 1690 du Code civil: la signification au débiteur cédé ou son acceptation dans l'acte authentique même de cession-transport, ou au besoin dans un acte séparé. Ce qui le prouve encore, c'est que la quittance subro-

---

(1) Cf. pour la cession-transport de créances, *Traité formulaire Defrénois*, 10e édit., 3e vol., formule n° 1399; *Tr. form. Amiaud*, 4e édit., t. V, p. 275.

Pour la quittance subrogative donnée par le créancier à un tiers, *Tr. form. Defrénois*, 2e vol., n° 1126; *Tr. form. Amiaud*, t. IV, p. 249.

gative faite par le créancier à un tiers est soumise, en droit fiscal, au même tarif que la cession-transport, — soit 1 p. 100 depuis la loi du 25 juin 1920, décimes en sus, — à la différence des diverses autres quittances subrogatives, faites en exécution des articles 1250 et 1251 du Code civil, qui bénéficient d'un tarif moins élevé, — soit 0 fr. 50 centimes et les décimes, depuis la même loi du 25 juin 1920.

Nous pensons d'ailleurs qu'ici la convention apparente n'a rien de franchement illicite, car elle est conforme à l'article 1250 du Code civil et à la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières des mineurs et des interdits.

***

Ainsi, tous les contrats de construction, qu'ils aient pour but de réaliser un acte juridique quelconque ou un véritable contrat, sont au fond des contrats fictifs n'ayant aucune utilité propre et par eux-mêmes, et ne correspondant que médiatement à la fin poursuivie par les parties. Mais, à la différence des contrats de pure construction, les contrats simulés et les contrats apparents supposent toujours deux contrats, l'un ostensible et l'autre réel; les fictions qui les expliquent ont pour raison d'être, dans les contrats simulés une fraude plus ou moins grande que le législateur et le juge sont en général appelés à réprimer, et dans les contrats apparents un but plus spécialement technique qui n'est pas nécessairement contraire à la loi, mais qui, en tout cas, s'il n'est pas entièrement conforme au droit, reste néanmoins, dans une certaine mesure, comme nous l'avons déjà dit, une sorte de mensonge juridique consacré par la nécessité.

Et toute la théorie que nous venons d'esquisser traduit, sous une nouvelle forme assez nette, nous semble-t-il, *le rôle des catégories réelles contractuelles* dans la

technique appliquée du droit, intervenant tantôt pour affranchir les contrats des réglementations arbitraires et compliquées auxquelles ils sont légalement soumis, tantôt pour permettre à certaines opérations juridiques d'échapper aux cadres dans lesquels le législateur a voulu les enfermer, et tantôt même pour dissimuler leur caractère illicite sous une catégorie plus courante. Mais, si *le procédé de la catégorisation* sert parfois à tourner abusivement la loi, il a cependant le plus souvent préparé heureusement l'œuvre du législateur.

En général, d'ailleurs, les diverses fictions de contrats que nous venons d'examiner se révèlent sous un jour plastique, comme de véritables moyens techniques de la forme, par cela même qu'elles sont relatives davantage aux circonstances extérieures et aux conditions matérielles des contrats qu'à leur contenu proprement dit.

§ 2. — LES PRÉSOMPTIONS

Nous avons déjà eu l'occasion de parler assez souvent de la présomption dans les contrats au cours des pages qui précèdent, mais nous n'en avons jamais encore précisé la notion, ce qui est cependant d'une importance primordiale, ainsi qu'on va le voir.

La présomption (1) diffère en principe de la fiction; mais, dans le domaine contractuel, ces deux procédés intellectuels spéciaux de la technique du droit (2), qui constituent des moyens particulièrement concrets et expressifs de l'effort d'artifice en vue de l'élaboration

---

(1) Cf. Gény, *Sc. et tech.*, t. III, chap. VII, section I, « Présomptions de droit », n° 230 à 240, p. 264-360.

(2) Cf. Gény, *Sc. et techn.*, t. III, chap. VI, « Procédés intellectuels de la technique du droit », n° 214 à 227, p. 175-259.

juridique (1), ne sont pas toujours séparés par des cloisons absolument étanches ; et il arrive assez souvent qu'on puisse les rapprocher à divers points de vue.

1° *La Présomption et la Fiction en général*

La présomption est un procédé technique que l'on est souvent tenté de confondre avec la fiction. Et les auteurs confondent aussi d'ordinaire les fictions de contrats et les présomptions de contrats. C'est ainsi que MM. Colin et Capitant écrivent, en parlant de la solidarité imparfaite : « il y aurait solidarité imparfaite quand on ne peut pas établir raisonnablement *la présomption de mandat tacite* » (2). Or, précisément, le mandat tacite étant, comme nous le verrons, une fiction de contrat de mandat, ces auteurs appellent présomption ce que nous appelons fiction (3).

Sans doute, comme l'a écrit M. Gény, « les présomptions légales et les fictions de droit se rapprochent visiblement en ce que, par un effort de l'esprit, elles tendent à modifier quelque peu la réalité, telle qu'elle nous apparaît ingénûment, en vue de produire ou de faciliter certaines fins pratiques. » (4) En général, on con-

---

(1) Cf. Gény, *ibid.*, n° 228, p. 259.

(2) Colin et Capitant, *Cours de dr. civ. fr., op. cit.*, t. II, p. 191.

(3) Nous avons parlé nous-même de fiction de volonté légale, pour nous conformer provisoirement à l'opinion courante, p. 124 et suiv. Mais nous voulons établir ici nettement les différences qui, à notre sens, séparent la fiction de la présomption.

(4) Gény, *Science et technique*, t. III, n° 228, p. 260. — Sur la comparaison de la fiction et de la présomption, voy. également, n° 228, p. 261 ; n° 240, p. 360-361 ; n° 243, p. 388-390 ; n° 251, p. 435 et p. 440-441 ; n° 253, p. 446 ; et aussi n° 234, p. 299, où M. Gény écrit : « La présomption irréfragable est le chaînon intermédiaire entre la présomption de droit normale et la fiction... certains auteurs ramènent purement et simplement la présomption irréfragable à une fiction ».

sidère, en effet, qu'il existe entre les présomptions et les fictions une analogie qui se résume dans une « *déformation de la réalité* en vue d'obtenir plus de certitude » (1) ; la plupart des auteurs et, parmi eux M. Gény notamment, estiment que cette déformation varie seu-

---

Pour l'étude générale des fictions, cons.: Ihering, *Esprit du droit romain,* t. IV, p. 291-300; — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat,* V° Fiction, t. III, Paris, 1828, p. 653 et suiv.; — Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,* V° Fiction, 5e édit., t. VI, Paris, 1830; — Alteserra, *De fictionibus juris,* Paris, 1659; — H. Duméril, « Les fictions juridiques », in *Rev. gén. de droit,* 1882, t. VI; — Summer Maine, *L'ancien droit,* trad. Courcelles-Seneuil, Paris, 1894 (chap. II, Les fictions légales). — A. Gallet, *Etude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français,* thèse Poitiers, 1903. — R. de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil,* Paris, 1906, p. 403 et suiv. — Mallieux, *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique,* Paris, 1908. — P. Guyot, « L'idée de fiction », in *Rev. gén. du droit,* 1908, t. XXXII, p. 417 et suiv. — E. Naquet, « De la fiction de l'effet déclaratif du partage et de ses conséquences », in *Rev. de l'enregistr.,* 1908, t. XVII, p. 149 et suiv. — P. de Tourtoulon, *Principes philosophiques de l'histoire du droit,* Paris et Lausanne, 1908-1919. — R. Saleilles, *De la personnalité juridique,* Paris, 1910, p. 603-625, et sa note sous arrêt S. 94-2-185. — R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, p. 238-258. — L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse Paris, 1914. — Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif,* t. III, Paris, juin 1921, n° 240-253, p. 360-447.

Pour l'étude générale des présomptions: voy. Gény, t. III, n° 228-240, p. 259-360, et la note bibliographique, p. 360. — P. Geffroy, *Essai sur les présomptions légales en matière civile,* thèse Paris, 1891. — G. Aron, *Théorie générale des présomptions légales en droit français,* thèse Paris, 1895. — A. Dumora, *Etude sur les présomptions en droit civil,* thèse Bordeaux, 1901.

(1) Mallieux, *op. cit.,* p. 187. — Comp. p. 155: « Si grande que soit la différence qui existe, d'après le Code, entre la fiction et la présomption, elles se ressemblent par un côté qui est d'interpréter d'une manière invariable des faits litigieux, de leur donner une portée, une signification qu'ils n'ont pas par eux-mêmes ou qu'ils pourraient ne pas avoir ». Comp. aussi p. 157: « Malgré les différences qu'entre elles établissent les jurisconsultes, elles n'aboutissent pas moins les unes et les autres à donner une précision, une rigidité particulières à certaines règles de droit; elles déforment le fait dans un sens donné ».

lement en intensité et en étendue, car il n'y aurait pas de véritable différence de nature juridique, mais seulement *une différence de degré,* « puisque de part et d'autre on voit l'artifice de la pensée corrigeant l'inconsistance ou la contingence de la vie, dans un but général d'ordre idéal. » (1)

La présomption, restant basée sur des vraisemblances, se rapprocherait de la vérité dans la plupart des cas, s'en éloignerait dans des cas plus rares, elle serait une généralisation de probabilités qui, le plus souvent, ne dénaturerait pas la réalité. Ainsi, les actes faits par l'interdit sont annulables de droit, et cette présomption de nullité relative serait fondée d'ordinaire sur un état de démence à peu près continu; exceptionnelement, pour les actes faits pendant les intervalles lucides, la présomption serait en contradiction avec la réalité. Au contraire, dit-on, *la fiction* méconnaîtrait sciemment le naturel et heurterait de parti-pris la réalité: dans la représentation, le mineur est toujours censé avoir agi, alors que c'est le tuteur lui-même qui a agi; dans le partage, les choses se passent toujours comme si les cohéritiers avaient directement reçu leurs lots du de cujus, alors qu'il n'en est rien, et qu'ils l'ont, en partie tout au moins, reçu de leurs coindivisaires.

Bref, la présomption altèrerait légèrement la réalité, et dans certains cas seulement, alors que la fiction la dénaturerait toujours et délibérément; la déformation, qui serait l'exception pour la présomption, serait au contraire la règle pour la fiction, et il en résulterait qu'il faudrait admettre plus volontiers la présomption que la fiction (2), celle-ci devant être un procédé anormal et d'usage rare (3).

---

(1) Gény, *Science et tech.*, t. III, n° 228, p. 261
(2) Gény, *Science et tech.*, t. III, n° 243, p. 389
(3) Gény, *ibidem*, n° 251, p. 435.

Mais telle ne nous paraît pas être l'exacte et saine vérité. Et nous nous permettons ici, avec la bienveillante autorisation de notre éminent Maître, M. le professeur Morin, de reprendre l'opinion qu'il a développée dans ses magistrales leçons de doctorat, et que nous pensons devoir adopter pleinement, d'après laquelle la différence qui sépare la fiction de la présomption n'est pas une simple différence de degré, mais *une véritable différence de nature*. Et nous croyons utile de bien préciser cette distinction en vue du développement que nous voulons donner à la matière spéciale du contrat.

Quand le juge est appelé à solutionner un procès, à dire le droit, il faut d'abord qu'il analyse la solution de fait, et ensuite qu'il lui applique la règle légale, car toute question à lui soumise contient un point de fait et ensuite un point de droit (1). Or, précisément la présomption et la fiction interviennent à deux moments différents: la présomption, dans la recherche du fait pour l'élucider, car on est dans l'inconnu relativement au fait; la fiction, dans la deuxième opération qui consiste à appliquer à une situation de fait une règle légale qui n'est pas faite pour cette situation, et cela par voie d'assimilation: on est dans le connu quant au fait, mais on modifie néanmoins le fait pour ne pas modifier le droit.

Ainsi, par exemple, pour la paternité légitime, c'est le fait même de la paternité qui est inconnu et que la présomption permettra d'établir. Au contraire, dans la représentation des incapables, le fait est bien connu,

(1) Par exemple, dans la revendication d'immeubles que l'on prétend acquis par prescription de dix à vingt ans, le juge doit se demander à la fois, s'il y a bien prescription de dix ou vingt ans (point de fait) et si la prescription décennale suffit pour l'établissement de la propriété (point de droit).

car on sait très bien que c'est le tuteur qui agit, mais l'effet juridique est produit directement en la personne du mineur ou de l'interdit, comme si ceux-ci avaient agi eux-mêmes; il y a donc fiction, c'est-à-dire assimilation de la situation où le tuteur agit à celle dans laquelle l'incapable aurait agi lui-même, afin que les effets de l'action du représentant soient les mêmes que ceux qui résulteraient de l'action personnelle du représenté (1). Et les assimilations peuvent être nombreuses, car « elles permettent de classer, écrit M. Gény lui-même, sous des concepts préalablement établis, les situations nouvelles, que les progrès de la vie sociale soumettent à l'exigence d'un règlement impossible à constituer de toutes pièces (2).

Ces divers exemples nous montrent bien que, dans la réalité, *la fiction n'intervient que sur le point de droit,* pour modifier la règle légale (3) ; elle constitue un artifice ajouté à la nature des choses, mais le fait subsiste; tandis que *la présomption est une modification du fait lui-même* (4). Ces deux procédés de la technique juridi-

---

(1) Ou encore, dans le partage, le fait de l'indivision est patent, mais le point de droit réglant les rapports des cohéritiers entre eux, c'est-à-dire l'effet déclaratif, est plus délicat à expliquer, et si l'on n'admet la condition résolutoire, il faut bien reconnaître qu'il y a fiction. Cf. Mallieux, *L'exégèse des codes, op. cit.*, p. 158.

(2) Gény, *Sc. et tech., op. cit.*, t. III, n° 240, p. 365.

(3) M. Gény lui-même ne paraît pas le méconnaître tout à fait, mais au lieu de parler de fiction proprement dite, il parle d'*extension par analogie,* qu'il distingue de la fiction. « Dans les deux cas, écrit-il, fiction et extension analogique, nous voyons une règle de droit nouvelle se greffer sur un tronc ancien. Mais, tandis que la fiction atteint ce résultat au moyen d'une dénaturation des choses, provenant d'un effort arbitraire de l'esprit, et qui risque par là-même de trahir le but poursuivi, l'extension analogique se fonde sur une analyse, sérieusement raisonnée, de situations voisines, pour rattacher à une règle, préalablement établie, un autre précepte, présentant les mêmes caractères essentiels ». Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 243, p. 391.

(4) Cf. Mallieux, *op. cit.*, p. 152-205.

que apparaissent donc à deux moments bien distincts du travail du juge : la recherche du fait et l'application de la règle légale ; et *la fiction est, en réalité, l'assimilation d'une situation non réglementée à une situation réglementée, pour appliquer à la première la réglementation légale de la seconde* (1).

2° *La Présomption et la Fiction spéciale de contrat*

Nous pensons que la distinction que nous venons d'exposer subsiste en principe quand il s'agit des contrats ; *le contrat,* étant une norme pour régler des rapports juridiques, *n'est directement susceptible que de fictions,* on ne saurait parler de présomption de contrat quand un contrat est censé avoir été fait, alors qu'il n'en est rien.

Sans doute, on peut présumer des volontés ; mais on feint des contrats. Si parfois on parle aussi de fictions de volontés, qu'est-ce à dire en réalité ? On présume des éléments constitutifs du contrat et non directement l'existence du contrat lui-même. Nous ne pensons même pas qu'il existe et des présomptions de volontés et des fictions de volontés : les présomptions de volontés qui consisteraient, d'après la doctrine traditionnelle en des suppositions un peu téméraires de volontés qui malgré tout demeureraient vraisemblables, les fictions de volontés, au contraire, en des volontés absolument imaginaires et incertaines, contraires à toute saine interprétation juridique (2). Au fond, en effet, c'est croire toujours qu'en principe la fiction peut s'appliquer immédiatement au fait, et nous avons dit qu'il n'en était rien.

Telle nous paraît devoir rester la règle ; et cependant nous pensons qu'elle n'est pas, en notre matière,

(1) M. le professeur Morin à son cours.

(2) Cf. G. Dereux, thèse précitée, p. 312-325 ; — Gounot, thèse également citée, p. 206-227.

d'une rigidité absolue. A notre sens, *elle admet des tempéraments assez importants que nous ramènerons à trois principaux* et que nous allons essayer de préciser. Tantôt la présomption et la fiction de contrat se confondent; tantôt, sans se confondre, elles collaborent ensemble, tantôt enfin, la considération du fait, sur laquelle repose la présomption, est utile pour l'existence de la fiction elle-même.

I. — Dans certains cas, *la présomption et la fiction de contrat se confondent,* car il arrive qu'en déformant trop considérablement le fait, la présomption mutile aussi le droit; la dégradation du fait entraîne nécessairement une dégradation du droit.

Il en est ainsi pour *le mandat tacite de la femme mariée* (1); il y a une présomption qui dénature le fait puisqu'elle considère le mari comme ayant exprimé une volonté, alors qu'il n'a rien dit, et cette déformation du fait est si considérable qu'elle arrive à porter très gravement atteinte au principe d'incapacité de la femme mariée posé par les articles 217 et suivants du Code civil, c'est-à-dire à déformer le droit lui-même, rejoignant ainsi, par un ingénieux détour, le nouveau

(1) Nous trouvons dans la loi elle-même des situations où la présomption, en dénaturant trop le fait, arrive à le supprimer et ainsi à modifier le droit lui-même. Par exemple, *la présomption de faute* de l'art. 1384 par lequel le législateur a fondé la responsabilité dans la présomption de faute. En apparence il ne modifie que le fait en instituant la responsabilité à raison des personnes ou des choses que l'on a sous sa garde, pour les père et mère, maîtres et commettants, instituteurs et artisans. Mais au fond cette présomption de faute est poussée si loin et rend la preuve contraire si difficile, quand elle n'est pas impossible comme pour les maîtres et commettants, que l'on peut dire que si à cause de son esprit individualiste le législateur a voulu s'en tenir à la notion traditionnelle de faute et ne pas admettre franchement le principe de responsabilité objective, c'est cependant ce à quoi il tend. Et ainsi le droit lui-même se trouve modifié.

principe beaucoup plus large de capacité admis par les législations plus récentes (1).

La jurisprudence valide tous les « *actes ménagers* » faits par la femme mariée, en considérant que la femme est censée agir comme mandataire du mari pour tous les besoins du ménage. Il y a là une présomption d'autorisation qui, sous l'apparence de simplifier la preuve, dénature directement la réalité, puisque le mari n'a donné aucune autorisation, et indirectement la règle de droit elle-même puisque l'incapacité de la femme mariée se trouve considérablement tempérée. Ainsi la présomption aboutit à jouer le rôle de fiction, et la fiction est ici une fiction de contrat de mandat.

Et cela est d'autant plus important que la jurisprudence reconnaît facilement l'existence du mandat tacite et l'admet même en cas de *séparation de fait*, tout au moins quand c'est le mari qui a abandonné sa femme. La femme séparée peut faire les actes ménagers, louer un appartement, louer ses biens propres; et, en outre, le mari étant tenu de fournir à sa femme tout ce qui lui est nécessaire pour sa subsistance (art. 212, C. civil), la Cour de Cassation a pu décider, sans violer le principe d'incapacité de la femme mariée non assistée de son mari, que la femme est suffisamment autorisée, en vertu d'un mandat tacite et nécessaire, à louer ses services pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants. Il lui est aussi permis de faire des opérations de bourse (2). Enfin, continuant à affirmer l'existence de ce

---

(1) Cf. le Code civil allemand, art. 1358, et pour le Code civil suisse qui admet à peu près le même système, voy. *Exposé des motifs de l'avant-projet*, droit des personnes, t. I, p. 95. — Comp. Code italien, art. 134 et suiv. et pour l'Angleterre, les acts de 1870 et 1882.

(2) Cf. toute cette jurisprudence dans Planiol, *Tr. él. de dr. civil* t. III, n° 1462 *bis*, p. 252.

mandat tacite, la Cour suprême (1) a admis que, lorsque les époux sont séparés de fait depuis de longues années et que le mari a abandonné sa femme, la sachant sans autre moyen de vivre que son travail journalier, les juges du fait peuvent induire légalement de ces constatations la reconnaissance au profit de la femme d'un mandat tacite, nécessaire et général, de disposer librement des fruits de son travail, bien qu'ils dûssent en principe tomber dans la communauté conjugale (le mari étant encore censé, en pareil cas, avoir constitué sa femme mandataire).

Ainsi donc, cette présomption d'autorisation maritale qui, en apparence, modifie simplement le fait, crée un assez grand nombre de contrats fictifs de mandats et dégrade une règle légale très importante de notre droit. « En maintenant ainsi au profit de la femme, a écrit M. Planiol, même quand elle est séparée de fait de son mari, les pouvoirs qu'elle tient d'un mandat souvent plus hypothétique que réel, la jurisprudence a fini par détruire presque complètement l'incapacité de la femme. » (2) Elle a complété l'œuvre des lois du 9 avril 1881 et du 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargnes et des lois du 13 juillet 1907, du 19 mars 1919 et du 8 juin 1923 sur le libre salaire de la femme mariée, et aboutira peut-être un jour à faire considérer la femme comme agissant en vertu d'un pouvoir propre.

Ce jour-là, la puissance maritale cessera d'être uniquement la loi du mari, car la loi de la femme mariée se trouvera enfin promulguée et on pourra considérer

(1) Cf. Cass. Ch. civile, 21 décembre 1917, arrêt rapporté dans *Journal du Notariat Amiaud*, du 3 avril 1919, p. 103.

(2) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1099, p. 135; cf. aussi les critiques de Dereux, thèse citée, p. 1280 et suiv.

comme abrogé ce que M. Paul de Laribar a si bien dénommé « Le Code l'Eternelle mineure » (1).

II. — Dans d'autres cas bien plus nombreux, *la présomption et la fiction de contrat* ne se rencontrent pas, elles ne se confondent pas, mais *collaborent ensemble. Elles se superposent et la fiction de contrat est échafaudée sur des présomptions de volontés* qui lui servent de points d'appui sur lesquels elle repose. Il y a alors une double modification et du fait et du droit; la modification du droit, qui est l'œuvre de la fiction, n'étant possible qu'après celle du fait, qui est l'œuvre de la présomption, c'est-à-dire que la présomption est alors la condition de la création de la fiction de contrat.

Nous citerons trois exemples de cette collaboration de la présomption et de la fiction de contrat: la théorie de l'irrévocabilité de l'offre, la théorie de l'interposition de personnes et la théorie du silence.

A. — *La théorie de l'irrévocabilité de l'offre* consiste dans l'obligation pour le pollicitant de maintenir son offre tant que l'autre partie ne l'a pas acceptée. Et l'explication la plus généralement admise en France est celle de l'*avant-contrat* qui a été imaginée par M. Demolombe (2).

---

(1) Paul de Laribar, *Le Code de l'Eternelle mineure*, Plon, Paris, 1922.

(2) Cf. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 64 et 65. « L'auteur de l'offre, dit-il, en l'émettant, a émis la volonté de former le contrat quand l'autre partie aurait accepté. Par son acceptation, l'autre partie émet une volonté analogue. Les deux volontés se rencontrent, et le contrat est formé ».

Voy. sur la théorie de l'irrévocabilité de l'offre: Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, d'après le projet du Code civil allemand, *op. cit.*, n° 141-144. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. I, n° 33-34. — René Worms, *De la volonté unilatérale comme source d'obligations*, *op. cit.*, *passim*. — Tarde, *Les transformations du droit*, *op. cit.*, p. 122. — G. Morin, Le crédit, II, Le contrat, in *La vie juridique du Français*, *op. cit.*, p. 42-44.

L'offre avec délai d'acceptation comprendrait deux choses: la proposition expresse et principale du marché à conclure, et la proposition tacite et subsidiaire de maintenir l'offre durant tout le délai indiqué. Or, précisément, il se forme comme un contrat immédiat pour cette deuxième proposition; elle est tout à l'avantage de l'acceptant éventuel qui n'a aucune raison de la repousser puisqu'il pourra toujours rejeter l'offre du marché, et l'on présume son acceptation dès qu'elle est parvenue à sa connaissance.

Si l'on analyse de près toute cette théorie, on s'aperçoit qu'elle est faite de présomptions et de fiction. Il peut y avoir une première présomption si l'on suppose qu'un délai d'acceptation a été fixé par le pollicitant quand, en réalité, il ne l'a pas été. Mais cette présomption ne joue qu'autant qu'il n'y a pas eu de délai exprès.

Il y a toujours une présomption quand on suppose l'acceptation de ce délai par celui qui conclura éventuellement le marché.

Et enfin, lorsque ces deux faits qui sont les manifestations de deux volontés sont établis, on fait une fiction de contrat en considérant que ces volontés se rencontrent et concourent ensemble (1).

---

(1) Cette théorie repose donc en somme sur un échafaudage assez compliqué, tout au moins en apparence. Aussi a-t-elle été repoussée par les partisans de la volonté unilatérale. M. René Worms (*La volonté unilatérale*, p. 177), signale à son sens le vice du raisonnement classique: « Le contrat ne peut se former que si la volonté « actuelle » de l'offrant concourt avec celle de l'acceptant. L'offrant a, par son offre, manifesté sa volonté de maintenir jusqu'à l'acceptation sa volonté de contracter. Mais si sa volonté de contracter a disparu au moment de l'acceptation, par quoi serait-il tenu? Par sa première volonté qui l'obligeait à ne pas changer d'intention. Donc, c'est toujours et uniquement par sa première déclaration, par sa déclaration de volonté unilatérale qu'il est lié ». — Et cependant, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu ici de repousser la théorie traditionnelle, car l'obligation suppose toujours essentiellement deux person-

B. — Dans *la théorie jurisprudentielle de l'interposition de personnes,* nous voyons aussi la fiction de contrat reposer sur une présomption.

Le juge doit d'abord présumer un fait: la volonté du disposant de faire parvenir les biens à une personne incapable. Puis, cette volonté se trouvant exister par présomption, on suppose que la personne interposée a été d'accord avec le légataire et le disposant et qu'il s'est formé entre eux un contrat, même quand il n'en est rien.

La jurisprudence crée donc une présomption, et, sur celle-ci, une fiction de contrat et cela pour arriver à faire annuler la libéralité faite par personne interposée, établissant ainsi un fideicommis tacite quand le fideicommis n'a pas été exprès.

C. — Reste *la théorie du silence* (1) dont nous voudrions encore parler.

Nous avons vu que les parties ne manifestent pas toujours leur volonté d'une façon expresse, elle est parfois tacite; elle peut aussi être directe ou indirecte, suivant qu'elle a été faite « en vue de la conclusion même du contrat », ou qu'elle résulte « d'actes poursuivant un but différent, mais laissant prévoir d'une façon non douteuse la volonté de l'individu » (2). Mais, dans tous ces cas, la volonté n'est pas moins réelle et concourt à former de véritables contrats.

---

nes et elle ne peut naître que s'il y a à la fois un créancier et un débiteur, et nous ne voyons pas qu'il y ait, à ce qu'il s'écoule au besoin un certain temps entre l'offre et l'acceptation, un inconvénient suffisant à empêcher l'entente des parties et donc le contrat.

(1) Sur la théorie du silence, cf. Barrault, ***Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations,*** thèse Dijon, 1912; — L'étude du professeur Straffa: « *Il silenzio nella conclusione dei condratti* », dans *Jurisprudenza italiana,* ann. 1898; Demogue, *op. cit.,* p. 317, sur la façon d'interpréter l'absence de volition: Dereux, thèse citée, p. 356; ***Rev. crit.,*** 1901, p. 529.

(2) Cf. Colin et Capitant, *op. cit.,* t. II, p. 274.

Dans certains cas, au contraire, l'une des parties, que l'on considèrera comme engagée dans les liens d'un contrat, n'a fait aucune manifestation de sa volonté et a gardé le silence. Et cependant, « son attitude toute abstensive a été interprétée comme l'équivalent d'une manifestation de volonté », son silence même a été considéré comme une parole. Nous avons vu, dans l'exposé de la thèse individualiste, que l'on présumait souvent des volontés inconnues et inconnaissables de contractants qui avaient gardé le plus complet silence; la loi et la jurisprudence « assimilent parfois aussi le silence à un acquiescement » (1).

Or, cet acquiescement, qui est purement fictif, n'est-il pas une véritable présomption de volonté adhérant à une autre volonté déjà déclarée, et le concours de cette volonté présumée et de la volonté réelle ne constitue-t-il pas une fiction de contrat? Celle-ci est donc bâtie sur une présomption, sans laquelle elle ne pourrait pas exister.

Ces fictions de contrats, basées sur le silence d'une des parties, sont l'œuvre et de la loi et de la jurisprudence.

Fictions de contrats légales que la tacite reconduction (2) pour le bailleur qui, à l'expiration du bail laisse le preneur en possession des lieux loués (art. 1759) ; que l'autorisation maritale que le mari est censé donner à sa femme en la laissant exercer le commerce ou toute autre profession sans protester (art. 4, C. comm.) ; que certains cas d'adhésion fournis par la loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives de travail (3).

---

(1) Cf. Colin et Capitant, *ibidem*, p. 274 et suiv.

(2) Sur la question controversée de savoir si la règle de la tacite reconduction peut s'appliquer à d'autres contrats qu'à celui du louage d'immeubles, notamment au contrat de travail et au contrat d'assurances, voy. note de M. Demogue, S. 1911-2-129.

(3) Cf. notamment dans la loi du 25 mars 1919, l'art. 31, K. alinéa 2.

Fictions de contrats jurisprudentielles que certaines assimilations à des contrats, quand un individu se trouve placé dans une situation telle que l'autre partie doit nécessairement interpréter son silence comme un engagement. Ainsi, lorsque les parties étaient en relations d'affaires, l'absence de réponse à une lettre écrite à un fournisseur habituel vaut engagement ; ou, lorsqu'elles étaient liées par un contrat antérieur qu'il s'agirait de continuer, l'adhésion aux clauses insérées dans des factures est présumée par cela seul que le destinataire n'a pas protesté (1).

Mais nous pensons qu'il ne faut pas trop généraliser ces hypothèses et étendre indéfiniment le domaine du silence en invoquant l'adage « qui ne dit mot consent », car ce n'est que dans des cas exceptionnels que le silence peut être assimilé à une manifestation de volonté, et par conséquent fonder des fictions de contrats ; il serait vraiment trop facile, avec la doctrine individualiste, de former des contrats au moyen de volontés muettes, ce serait abuser de l'explication par le silence.

Dans les trois hypothèses que nous venons d'envisager, on ne peut sans doute pas parler de présomptions de contrats, — à moins bien entendu d'employer les mots de présomption et de fiction comme synonymes, ce que nous n'admettons pas, car il existe deux situations auxquelles il convient de donner des noms différents, — mais on peut parler de *présomptions dans les contrats,* c'est-à-dire dans la formation des contrats, car la fiction de contrat peut reposer sur une présomp-

(1) Cf. sur cette intéressante question les développements consacrés par Colin et Capitant dans leur *Cours de droit civil*, t. II, p. 274 et suiv., dont nous résumons les données essentielles en rapport avec notre sujet.

tion. Et s'il n'existe pas, à vrai dire, de présomption de contrat, on ne saurait cependant affirmer que la présomption ne joue aucun rôle dans le contrat que nous appelons alors fiction de contrat parce qu'il suppose le concours de deux volontés, l'une réelle et l'autre présumée. C'est pourquoi il y a lieu de rapprocher les deux notions de présomption et de fiction afin de mieux les différencier et de montrer comment elles sont unies l'une à l'autre dans le contrat et collaborent ensemble, en se superposant, à la construction technique du droit.

Or, *cette collaboration, ce concours de la présomption à la construction de la fiction de contrat* ne revêt pas une forme unique, *elle se présente sous divers aspects* qu'il y a maintenant lieu de mettre en relief.

On sait que la volonté qui existe réellement peut être expresse ou tacite, et que celle qui n'existe pas réellement et qui n'est que présumée peut être virtuelle, ou impossible et invraisemblable. Or, si on laisse de côté les volontés expresses dont le concours fait toujours des contrats, il reste trois formes de volontés où la présomption joue des rôles différents: *la volonté tacite* est une volonté réelle, quoique non extériorisée et non socialisée, si l'on peut dire, car l'interprète traduit et révèle la pensée cachée des contractants; *la volonté virtuelle, éventuelle ou implicite* est la volonté que les contractants ou l'un d'eux auraient pu avoir, bien qu'ils ne l'aient pas eue, elle est cependant une volonté vraisemblable; et enfin, *la volonté impossible* est celle que l'on prête à des parties et qui est contraire à leur volonté réelle, soit que celle-ci n'ait pas du tout existé, soit même qu'elle ait été clairement manifestée.

En conséquence, le contrat peut reposer sur des volontés expresses, tacites, éventuelles ou invraisemblables. Dans le premier cas, il y a contrat véritable; dans tous les autres cas la présomption de volonté intervient

et il y a fiction de contrat; mais subjective quand la volonté est tacite ou éventuelle, car alors la présomption est vraisemblable, il s'agit de volontés qu'ont eu les parties et qu'elles n'ont pas révélées ou qu'elles sont censées avoir pu avoir; et objective quand la présomption devient invraisemblable, car elle repose sur des volontés entièrement supposées, et il serait même plus juste alors de ne pas parler du tout de fiction, mais de nécessités sociales et de situations de droit objectif (1). En effet, à vrai dire, la volonté est ou n'est pas; l'expression de volonté présumée devrait s'entendre d'une volonté existant réellement ou du moins que l'on croit véritablement exister, mais ne pouvant être saisie qu'indirectement, après examen de l'ensemble des circonstances particulières à chaque opération juridique.

Il y a donc des degrés dans les présomptions de volontés, qui servent de fondement aux contrats fictifs, et, en conséquence, il est bien vrai d'affirmer qu'elles ne créent pas des fictions de contrats absolument identiques et parfaitement uniformes.

III. — Il y a plus. Nous avons bien affirmé que la présomption s'applique au fait et la fiction au droit, et cela est vrai. Et cependant, en réalité, *la considération du fait n'est pas étrangère à l'idée de fiction de contrat.*

A. — On peut dire d'abord que, dans une certaine mesure, *la fiction, comme la présomption existe dans le fait.* La notion de fiction de contrat, en effet, est le résultat d'une analyse très profonde de la notion de contrat, qui oblige à distinguer nettement le droit et le fait.

En droit, il y a seulement des contrats et pas de fictions de contrats, car la fiction de contrat n'est qu'une assimilation d'une situation différente de celle consti-

(1) Cf. Duguit. *Le droit social, op. cit.*, p. 82 s.

tuant un contrat à celle qui est un contrat; et, une fois faite cette assimilation, la situation non contractuelle se trouve régie comme un vrai contrat. Or, dès le moment où la distance qui sépare du contrat est franchie, il n'y a qu'un vrai contrat.

Mais en fait, dans la réalité des choses, il existe des fictions de contrats, puisqu'il y a des situations qui ne sont pas entièrement de véritables contrats et qui supposent des assimilations à faire, des fossés à franchir.

B. — Et non seulement c'est dans le fait qu'existe la fiction de contrat, mais *c'est le fait qui explique toute sa raison d'être dans la doctrine classique.* Celle-ci, en effet, dans la réalité des choses, est impuissante à appliquer purement et simplement sa théorie de la volonté, pour laquelle l'essence ou élément constitutif du contrat réside dans un concours de volontés purement internes, le contrat ne pouvant se former que tout autant que toutes les parties « ont voulu réellement la même chose, de la même manière, sous les mêmes conditions, et au même moment » (1).

Tout contrat deviendrait le plus souvent impossible dans cette conception rigide si, pour la plier à la pratique, les besoins de la société, du crédit public et de l'intérêt général ne contraignaient à lui apporter des tempéraments importants et à considérer, en conséquence, comme contractuelles, des situations contenant une grande part de fiction, quoique l'on puisse bien mieux les interpréter tout autrement, ainsi qu'on l'a déjà vu. C'est donc en réalité le fait qui explique l'existence des fictions de contrats dans la doctrine individualiste.

C. — Enfin *la fiction de contrat ne doit pas trop contredire le fait.* Elle est un procédé de droit derrière

---

(1) Dereux, *Rev. crit.*, 1901, p. 517.

lequel il y a une réalité à laquelle elle sert de vêtement. Et de même qu'elle ne doit pas trop déformer le contrat, de même elle ne doit pas non plus trop dégrader la réalité. Cette réalité, qui fournit les données des problèmes à résoudre, il faut éviter de la trop mutiler pour ne pas substituer définitivement le fictif au réel, l'arbitraire à la vie. Comme l'a écrit M. Gény: « Dans le domaine de la technique, rien, à vrai dire, ne bride l'artifice que la nécessité d'avoir égard aux réalités et de respecter la justice. Par suite, les procédés purement techniques doivent être tenus pour infiniment malléables et toujours susceptibles de modifications et de transformations » (1). La doctrine individualiste a eu le tort de créer un monde contractuel purement abstrait, dans les cadres duquel la vie est censée se mouvoir; la science défigure la réalité et crée une façon toute artificielle de voir les choses.

Qu'on le remarque bien, en effet, la fiction, œuvre de l'imagination, n'est admissible que si elle n'est pas livrée au pur caprice de celle-ci, elle ne doit pas en effet méconnaître la nature de choses (2) qu'elle doit au contraire imiter (3). Ainsi, à Rome, où elle permit au préteur de tempérer la rigueur des lois anciennes, sans paraître y déroger formellement, un double principe la régissait: Il n'y avait pas fiction de ce qui ne pouvait être (4); et la fiction procédait dans le même ordre et avec les mêmes effets que la vérité: « *In casu ficto fictio operatur ut veritas in casu vero* ». D'où la consé-

(1) Gény, « La méthode du droit civil », dans *Les méthodes juridiques*, p. 193.

(2) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 243 et suiv., sur les rapports de la fiction avec la nature des choses; Saleilles, *La personnalité juridique*, p. 606, 622 et suiv.

(3) L. 16 D. *De adopt.*

(4) L. 2. et 25. D. *de hœred. vel act. vendit.*

quence qu'une fiction légale est la vérité même et n'admet pas de preuve contraire (1).

La fiction de contrat doit donc toujours, comme toute fiction, être vraie et naturelle dans une certaine mesure, afin d'être vraisemblable. « La science se fait par l'hypothèse, a écrit M. Cruet, mais elle n'est pas faite d'hypothèses; ni, à fortiori, de fictions directement contraires à la réalité, et par là même inutilisables dans la société pratique. Le premier et le dernier mot de la méthode scientifique, c'est d'accepter les faits comme ils sont. La science décompose les faits bruts, elle ne les déforme pas » (2).

Et ce qui est vrai de la science en général l'est évidemment de la science du droit en particulier. La technique juridique doit veiller elle aussi à ne pas trop dégrader le fait. Ce n'est pas aux faits de suivre le droit, mais au droit de suivre les faits, a dit Ihering (3); c'est aux concepts de suivre la vie, et non à la vie de céder la place aux concepts, a écrit dans un sens encore plus large l'éminent philosophe français M. Boutroux (4).

Voilà dans quelle mesure la fiction de contrat ne doit pas méconnaître le fait et par conséquent se rapproche de la présomption. Celle-ci vaut ce que vaut la fiction de contrat à laquelle elle sert de base, mais souvent elle contribue à augmenter le domaine de la fiction au détri-

---

(1) *Dictionnaire du notariat*, tome VI, 4e édit., 1856, p. 131 au mot fiction. — Cf. aussi Poulain-Duparc, *Princip. de droit*, ch. des fictions de droit.

(2) Cruet, *op. cit.*, introd. IV, Nécessité d'envisager le droit comme une question de fait, p. 9.

(3) Cf. Ihering, *Espr. du dr. rom.*, t. IV, p. 132 s.

(4) Cf. Boutroux, article sur l'avenir de l'esprit religieux, publié dans les *Documents du progrès*, n° d'avril 1907, p. 310-315; cf. aussi Larnaude: *Les méthodes juridiques*, p. 29 et suiv.

ment de la réalité. La présomption apparaît ainsi comme un mécanisme technique qui présente certaines analogies avec la fiction de contrat à laquelle elle sert souvent de fondement. Les moyens artificiels de la présomption et de la fiction qui, dans la technique générale du droit, font partie en fait du matériel d'exploitation indispensable au jurisconsulte, appartiennent aussi au fonds le plus intime, et, pour ainsi dire, à la substance même de la technique spéciale du contrat (1). On ne saurait donc méconnaître la présomption dans l'étude que nous avons entreprise.

*
**

Tel est le rôle joué par la fiction de contrat dans la technique théorique et appliquée. Il nous reste maintenant à nous placer en quelque sorte au point de vue de l'histoire du droit et à étudier la vie juridique dans le Code et depuis le Code, pour définir quelques-unes des plus caractéristiques et des plus typiques des situations qui ne sont contractuelles que par fiction. Ou, pour formuler plus nettement toute notre pensée : après avoir étudié *la Fiction de contrat,* nous allons étudier *les Fictions de contrats,* et faire, si l'on peut parler ainsi, l'expérimentation de toute la théorie que nous venons d'esquisser. Ce sera l'objet de la deuxième partie que nous avons annoncée.

---

(1) Comp. Gény, *Science et technique,* t. III, n° 229, p. 262 et 264, sur l'importance, en tant que procédés techniques de l'élaboration du droit, des présomptions de droit et des fictions.

DEUXIÈME PARTIE

Les Fictions de Contrats spéciaux

Dans le Code Civil et depuis le Code Civil

DEUXIÈME PARTIE

Les Fictions de Contrats spéciaux

Dans le Code Civil et depuis le Code Civil

En ouvrant cette Deuxième partie, nous nous proposons de montrer que nous ne nous contentons pas d'affirmations gratuites qui ne reposeraient pas sur l'observation directe des faits, et que dans la loi positive, la jurisprudence, la doctrine et la vie juridique contemporaine, apparaissent toute une série de décisions et de situations qui sont la confirmation de tout ce que nous venons d'exposer. Ces décisions et ces situations sont souvent en contradiction avec les propositions dans lesquelles nous avons essayé de résumer *la doctrine individualiste du contrat;* et ce sera précisément la preuve que cette doctrine se désagrège au profit d'un système juridique nouveau. Mais lorsque les fictions de contrats constituent des *moyens de pure technique* destinés à maintenir, à assouplir ou même à étendre la vie du droit, nous verrons cependant qu'il y a lieu de se montrer plus indulgent et de leur accorder une certaine place dans le domaine juridique.

Ainsi que nous l'avons annoncé dans l'Introduction, nous étudierons successivement les Fictions de contrats spéciaux dans le Code civil et depuis le Code civil, ce qui fera l'objet de deux chapitres.

CHAPITRE PREMIER

Les Fictions de contrats spéciaux dans le Code civil

C'est à l'étude de quelques-unes des plus notables fictions de contrats spéciaux auxquelles a donné lieu le Code civil, que nous allons nous consacrer; nous choisirons celles qui nous paraîtront les plus caractéristiques dans les deux grands domaines du droit privé: *La Famille et le Patrimoine.* Nous verrons dans quelle mesure elles sont acceptables et dans quelle mesure on doit les rejeter pour adopter des théories plus réalistes.

SECTION I

DANS LE DROIT DE LA FAMILLE

On sera peut-être surpris d'entendre parler de contrat dans le droit de la famille, car c'est surtout dans le droit du patrimoine qu'il paraît « dominer en maître et en former toute la trame, l'immense majorité des rapports pécuniaires qui naissent entre les individus ayant son origine dans les conventions. » (1) Et, d'autre part, dans le droit de la famille, ce ne sont plus les parties qui règlent les conséquences de l'acte juridique, mais la loi et la loi toute seule: aucun des effets du mariage, aucun des effets de l'adoption n'est laissé au libre choix des contractants. C'est pourquoi le terme de contrat a paru souvent mal convenir à des accords de volontés, tels que ceux d'où résulte le mariage et l'adoption (2).

Cependant, on a pensé que le contrat jouait un rôle important dans le droit familial; en effet, le dogme de

---

(1) et (2) Cf. Colin et Capitant, *Cours élém. de Dr. civil*, t. I, p. 259.

la volonté et le concept de contrat ont tout envahi, et partout où ils ont pu découvrir un consentement, les juristes rationnalistes ont voulu à tout prix voir des contrats. Ainsi, le mariage serait un contrat, l'adoption un contrat, la reconnaissance d'enfant naturel et la légitimation autant de contrats. Tout le droit familial reposerait sur la notion de contrat, car tous ces actes supposent un consentement, la manifestation d'une volonté libre de créer ou de ne pas créer un état de droit.

Entendue au sens large, la famille est l'ensemble des personnes qui sont unies par la parenté et l'alliance, c'est-à-dire par le mariage ou la filiation sous ses diverses formes, légitime, naturelle et même adoptive. Pour déterminer le rôle du contrat dans la famille et voir dans quelle mesure il se trouve réduit à la fiction, nous étudierons le mariage et la filiation.

§ 1. — LE MARIAGE

La thèse contractuelle du mariage (1) est déjà bien connue, et cependant nous croyons utile de la bien préciser au point de vue spécial qui nous intéresse. Nous verrons d'abord ce qu'est le mariage en soi dans le dogme exclusivement individualiste, et la façon dont le Code civil l'a compris; nous verrons ensuite combien cette conception du mariage comme un pur contrat est

---

(1) Sur la nature juridique du mariage, cf.: Lefebvre, « Le mariage n'est-il qu'un contrat? » in *Nouvelle Rev. hist.*, 1902, p. 303 s.; — Détrez Alfred, « Mariage et contrat, Etude historique sur la nature sociale du droit », Paris, 1907, thèse; — E. Lévy, « La famille et le contrat », *Rev. de métap. et de morale*, septembre 1911, p. 806; — Beaussire, *op. cit.*, p. 212 s.; — Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 207 s.; — Duguit, « L'Etat, le droit objectif..., » *op. cit.*, p. 203 s.; — Crétinon, « Le point de vue individualiste et le point de vue social dans le droit », in *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 129; — Sur les diverses formes du mariage-contrat dans l'antiquité (société, vente, prêt, louage)..., cf. Tarde, *op. cit.*, p. 55 s.

fausse et dangereuse; que la véritable notion du mariage est institutionnelle, et, s'il est vrai qu'elle ne répudie pas absolument tout élément contractuel, elle ne saurait jamais cependant s'analyser en un véritable contrat.

1° *La thèse contractuelle du mariage*

La conception purement contractuelle du mariage qui s'était établie en droit romain, est arrivée à son apogée en France sous la Révolution avec la loi du 20 septembre 1792; elle était restée longtemps palliée sous le droit canonique qui considérait le mariage à la fois comme un contrat et comme un sacrement, lesquels étaient intimement unis au point de ne former qu'un seul tout. Et l'on sait comment la dissociation de ces deux éléments a été accomplie par les légistes, serviteurs dévoués à la cause royale, qui consacraient leur énergie à la reconstruction nationale, et, pour parvenir à cette fin, à l'abaissement du pouvoir ecclésiastique, en décidant qu'en tant que sacrement l'Eglise seule réglementerait le mariage, mais qu'en tant que contrat il relèverait de la législation et de la juridiction royales (1).

On sait enfin comment l'Assemblée Constituante, oubliant le développement historique qui avait précédé et ne songeant qu'à son œuvre de sécularisation, a entièrement laissé de côté la notion de sacrement pour ne voir dans le mariage qu'un contrat civil. Et on va revoir comment le concept de pur contrat, une fois admis, par suite de la déformation apportée par les légistes à la notion canonique, a développé ses conséquences par voie de déductions logiques et inéluctables.

La conception exclusivement contractuelle du ma-

---

(1) M. le professeur Morin à son cours.

riage consacre les deux grands principes individualistes que nous avons exposés dans la théorie du contrat: la souveraineté et l'autonomie. Or, ces principes engendrent, dans l'institution du mariage, des effets particulièrement funestes qui en sont la condamnation.

A. — *La notion de souveraineté,* c'est-à-dire d'indépendance des individus les uns à l'égard des autres, introduite dans le mariage, y produit des conséquences très regrettables quant aux enfants

Elle est d'abord la négation de toute solidarité dans le temps, c'est-à-dire de tous les devoirs des époux et du but social, qui est la procréation et la continuité de l'espèce. Les époux contractent pour eux-mêmes, pour leur intérêt personnel, sans aucun souci de l'intérêt de ceux qui sont à naître. « L'union de l'homme et de la femme, a dit M. Beaussire, apparaît ainsi comme un engagement arbitraire vis-à-vis l'un de l'autre, dans leur intérêt commun. » (1) C'est, en somme, pour les époux, la conception d'un droit, personnel et exclusif, au bonheur.

Elle est aussi la négation du droit de l'enfant, non plus seulement à la vie, mais encore à l'aptitude à avoir une véritable personnalité; elle permet la concentration des pouvoirs aux mains de ses parents, qui seuls ont contracté et peuvent invoquer des droits sans qu'aucun devoir ne s'impose à eux comme contrepartie de leur omnipotence.

B. — *La notion d'autonomie,* c'est-à-dire d'auto-indépendance des individus vis-à-vis d'eux-mêmes seuls, ne cause pas des effets moins fâcheux, à la fois pour la formation, pour la dissolution et aussi pour la nature

(1) Beaussire, *op. cit.*, p. 206.

même du mariage. Il en résulte, en effet, l'union libre, le divorce, et la polygamie.

L'union libre d'abord. Nous voulons dire que le mariage peut alors se contracter librement, sans qu'il soit besoin de recourir à l'intermédiaire d'une puissance publique. Aucune intervention de l'autorité sociale n'est nécessaire; et le lien juridique est formé par la seule volonté des époux sans le concours de l'autorité civile ou religieuse. Le contrat, en effet, se trouve être l'œuvre unique des contractants (1).

Il en résulte aussi le divorce (2). Libres de s'unir, les époux seront aussi libres de se désunir, car, libres de faire, ils pourront avec autant de facilité défaire leur contrat à la seule condition qu'ils soient d'accord pour la dissolution, sans qu'il soit besoin davantage de l'intervention du pouvoir social et judiciaire. C'est l'application pure et simple de l'art. 1184 al. 2 du Code civil, et l'admission du *mutuus dissensus*, symétrique du mutuus consensus, le contrat cessant d'exister quand tous les éléments nécessaires à sa formation ont cessé de coexister. C'est l'application d'un syllogisme rigoureux: le mariage est un contrat, or ce que la volonté peut faire elle peut le défaire, donc elle peut seule dissoudre le mariage (3). D'où *le divorce par consentement mutuel.*

Et d'ailleurs les partisans du mariage-contrat ne

---

(1) Durkheim, *op. cit.*, p. 226.

(2) Comp. Beaussire, *op. cit.*, VIII, p. 227, « La prétendue légitimité du divorce est la conséquence la plus directe de la fausse hypothèse du contrat »; et Lefebvre, *op. cit.*, p. 316 et suiv. qui montre comment l'établissement du divorce, sous la Révolution, a été la conséquence de l'admission de la théorie du mariage-contrat.

(3) Comp. Cambacérès dans son rapport sur le deuxième projet du Code civil, Fenet, *Trav. prép.*, t. I, p. 104. « C'est la reconnaissance du droit de liberté personnelle » et du « droit de disposer de soi »... « ce que la volonté a fait, la volonté peut le défaire. La volonté des époux fait la substance du mariage. Le changement de cette volonté en opère la dissolution ».

s'arrêtent pas au divorce par consentement mutuel; ils vont beaucoup plus loin et prétendent que les principes mêmes du Code permettent de justifier *le divorce par la volonté d'un seul, c'est-à-dire l'ancien repudium romain.* Sans doute, des juristes éminents ont objecté que le concours de deux volontés, nécessaire pour la formation du contrat, est aussi nécessaire pour sa dissolution, et qu'en conséquence le divorce par la volonté d'un seul est inadmissible dans la théorie du mariage-contrat. Mais MM. Paul et Victor Marguerite, tout hommes de lettres qu'ils sont, voudraient se révéler, en l'espèce, des logiciens juridiques; ils déduisent de l'idée de contrat tout ce qu'elle contient en puissance et invoquent à l'appui de leur thèse l'article 1780 du Code civil relatif au *contrat de louage de services à durée indéterminée,* duquel il résulte que « l'homme ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée », mais que « le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes », sauf dommages-intérêts au cas où la résiliation serait abusive ou brusquée, c'est-à-dire faite sans motif sérieux ou sans observation du délai-congé. Bref, ils construisent un nouveau syllogisme non moins rigoureux que le précédent: le mariage est un contrat de louage de services à durée indéterminée, or celui-ci peut cesser par la volonté d'un seul, donc le mariage peut être dissous par le repudium. C'est en somme le retour à la cause d'incompatibilté d'humeur de la loi du 20 septembre 1792 (1).

---

(1) L'idée de mariage-contrat entraîne surtout les deux formes de divorce dont nous venons de parler, — divorce par consentement mutuel et, si l'on veut, divorce par la volonté d'un seul, — et non pas nécessairement, du moins en principe, le divorce prononcé par le pouvoir social, à cause du contrôle que sont appelés à exercer les tribunaux. Mais, en fait, avec l'extension croissante de la notion d'injure grave, et la bienveillance excessive des juges, la thèse individualiste triomphe sur tous les points, le divorce devenant une affaire de pure convention.

Enfin l'admission du principe d'autonomie contractuelle, poussé à ses dernières conséquences, entraîne la *légitimité de toute union à forme polygamique ou même polyandrique,* pourvu qu'il y ait un libre accord des volontés. Sans doute, en France, on n'a guère osé aller jusque là, mais toutes ces unions « peuvent être légalement reconnues aux yeux de ceux qui tiennent le mariage pour un simple et libre contrat, comme Gros, qui suit Fichte sur ce point; la polygamie, la polyandrie ou un mariage temporaire, par exemple, doivent, quoique immoraux, être tenus comme non contraires au droit, sous la seule condition de l'accord des volontés » (1).

Telle est la thèse purement contractuelle du mariage. Voyons maintenant si notre Code civil l'a adoptée pleinement.

Une première observation s'impose. Aucun texte du Code civil ne dit expressément que le mariage est considéré comme un contrat; ce n'est donc pas sa lettre (2), mais plutôt son esprit qui pourrait permettre de lui attribuer cette conception contractuelle. Le mariage se trouve, en effet, traité comme un contrat; tout contrat suppose des conditions d'existence et de validité, dont l'absence entraîne une sanction qui est la nullité; tout contrat synallagmatique contient en lui un pacte commissoire tacite qui, en cas d'inexécution de la convention par l'une des parties, permet la résolution. Or, tou-

---

(1) Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale,* 1900, p. 6. Voy. aussi Stahl, *Histoire de la Phil. du droit,* trad Chauffard, 1880, p. 227. Voy. également Pufendorff et Rousseau.

(2) Le projet de Jacqueminot contenait cette définition qui n'a pas été admise: « Le mariage est un contrat formé entre deux individus de sexe différent dont la durée est, dans leur intention, celle de la vie de l'un d'eux ». (Texte de l'art. 2 du projet de Jacqueminot, Fenet, I, p. 333).

tes ces caractéristiques du contrat existent bien dans le mariage tel qu'il est établi par le Code civil : le titre V pose des conditions de fond et de forme dont l'inobservation est une cause d'opposition ou de nullité laquelle, comme les nullités ordinaires de tous les contrats, peut être absolue ou relative, et constituer même une inexistence ; et le titre VI, dans ses articles 229 à 306, contient la réglementation du divorce qui constitue la résolution du mariage (1).

Mais si, dans le Code civil, le mariage peut, à divers points de vue, être placé dans le cadre du contrat, il n'est pas absolument un véritable contrat, car il en diffère par un certain nombre de caractères, nous allons le voir.

L'exceptio non adimpleti contractus n'est pas possible, car, s'il est vrai que la séparation de corps fait cesser les effets du mariage relatifs à l'obligation de cohabitation, elle laisse subsister les autres devoirs de fidélité et de secours. Les époux ne peuvent pas exercer l'option qui appartient à tout créancier entre l'exécution forcée et la résolution. Sauf dans des cas bien particuliers, comme dans l'obligation de cohabitation que peut sanctionner la *manus militaris* ou le système des astreintes, très rares aujourd'hui d'ailleurs en pratique, les époux ne peuvent pas se contraindre mutuellement à l'exécution des diverses obligations qui leur incombent : secours, fidélité, assistance ; ils n'ont qu'une seule sanction possible, qui est la résolution (2).

---

(1) La loi Briand du 6 juin 1908 (art. 310 nouveau) établissant la conversion de droit de la séparation de corps en divorce à la demande de l'un quelconque des époux, contribue au développement de la théorie contractuelle du mariage.

(2) A moins cependant que l'on ne considère la séparation de corps comme un moyen de pression pour ramener l'époux coupable vers son devoir. Mais on sait que le plus souvent la séparation de corps est convertie au bout de trois ans en divorce, et que nous n'avons

Sans doute, d'autre part, le Code civil consacrait la théorie coutumière de la puissance paternelle, affirmant ainsi l'abandon de la *Patria potestas* romaine, mais cette puissance paternelle n'en était pas moins beaucoup trop forte encore et méconnaissait les droits de l'enfant, puisque le législateur a dû intervenir à diverses reprises pour apprendre au père qu'il avait aussi des devoirs et les sanctionner par sa déchéance. Diverses lois (1) sont ainsi venues porter atteinte au *prin-*

---

pas en France de système comparable à celui du Code civil suisse qui permet au juge, quand l'action tend au divorce, de prononcer librement la séparation de corps ou le divorce, et qui fait de la séparation de corps une situation provisoire et à durée limitée puisqu'elle cesse de plein droit au bout d'un certain délai, par suite d'une présomption de réconciliation. La demande en séparation de corps est donc dans ce système comme un moyen aux mains de l'époux innocent pour obliger l'époux fautif à l'exécution forcée de son obligation, une sorte de délai de grâce avant la demande en divorce qui dissoudra le mariage. Mais, précisément ce système n'est pas consacré par le Code français. Cons. à ce sujet le Code civil suisse du 10 décembre 1907, Berne, K.-J. Wyss, libraire éditeur, 1908, livre II, titre IV, Du Divorce, articles 146 et 147. — Article 146: « Le juge est tenu, lorsqu'une cause du divorce est établie, de prononcer le divorce ou la séparation de corps. Il ne peut prononcer le divorce si l'action ne tend qu'à la séparation de corps. Lorsque l'action tend au divorce, la séparation de corps ne peut être prononcée que si la réconciliation des époux paraît probable ». — Article 147: « La séparation de corps est prononcée pour une durée d'un à trois ans ou pour un temps indéterminé. Elle cesse de plein droit après l'expiration du délai fixé, mais l'une des parties peut demander le divorce, si une réconciliation n'est pas intervenue. Chacun des époux a le droit, lorsque la séparation de corps prononcée pour un temps indéterminé a duré trois ans et qu'une réconciliation n'est pas intervenue, de demander le divorce ou la fin de la séparation ».

Notons également qu'un autre mode de sanction indirect des obligations réciproques des époux consiste dans l'admission du délit pénal d'abandon de famille institué par certaines législations étrangères, — belge, suisse, norvégienne, — et qu'une proposition de M. le député Marin, devenue enfin la loi du 7 février 1924 vient d'introduire dans la législation française. Cons. Charmont, *Les Transform. du dr. civ., op. cit.*, p. 112-114.

(1) Cf. notamment les lois des 7 décembre 1874, 24 juillet 1889, 19 avril 1898, 15 novembre 1921.

cipe de souveraineté qui permettait aux époux de ne pas prendre suffisamment en considération les intérêts de leurs enfants, tandis que ce principe subsiste intégralement au point de vue de l'espèce, puisque le Code ne témoigne aucune préoccupation spéciale relative à la natalité et à la race.

De plus, *le principe d'autonomie* n'a pas reçu une consécration complète dans le Code civil. Le divorce par la volonté d'un seul, dans le cas d'incompatibilité d'humeur de la loi de 1792, ne se retrouve plus dans le Code ; et, quant au divorce par consentement mutuel (1), le Code l'admettait bien, mais la procédure et les effets étaient tels qu'il était rendu bien difficile, et surtout l'obligation d'obtenir le consentement de tous ceux qui avaient permis l'union conjugale, de sorte qu'il n'était plus exclusivement contractuel ; et d'ailleurs on sait que la loi du 27 juillet 1884 en a prononcé l'abolition.

Ajoutons enfin, que, tandis que dans les contrats les volontés contractent librement pour ne se lier que comme elles l'ont voulu, dans le mariage, au contraire, elles ne sont liées que comme la loi l'a voulu. C'est la loi, en effet, qui détermine les effets du mariage d'une façon impérative, et les époux ne peuvent rien y changer. Sans doute, le contrat n'est pas toujours un acte absolument arbitraire dans toutes ses parties, car il n'est peut-être « aucun contrat pour lequel certains éléments, conditions ou effets, ne soient imposés par la nature ou par la loi. » (2) Néanmoins, en réalité, les

(1) Cf. Code civil, art. 275-295 abrogés par la loi du 27 juillet 1884.

(2) Cf. en ce sens Planiol, *Tr. él. de dr. civ., op. cit.*, t. II, n° 962. — En sens contraire : Beaussire, *Les Principes du droit*, Alcan, 1888, p. 212 : « Un contrat est un acte essentiellement arbitraire dans toutes ses parties : les parties en déterminent librement la matière, les conditions, les devoirs qui en découlent, et peuvent se réserver la libre faculté de résiliation ».

conditions de formation et les effets du mariage sont si strictement réglementés par la loi et si exclusifs des volontés des époux, qu'il semble bien qu'à ce point de vue encore le mariage diffère du vrai contrat, où le plus souvent les parties fixent à leur gré la plupart des clauses et la plus grande partie de son contenu, non seulement par une différence de degré mais par une différence de nature. Dès lors, toute la liberté des époux consiste dans le consentement volontaire à leur union, ou encore dans « le fait de la possession physique, seul objet pour lequel il y ait un contrat » (1).

Ainsi, dans le Code civil, le mariage n'est pas absolument en tous points un véritable contrat puisqu'il n'en présente pas tous les caractères; il est une sorte de fiction de contrat, puisque, par un certain nombre de côtés, il ressemble à un contrat.

2° *La thèse institutionnelle du mariage*

Il y a plus, et s'il est vrai que, dans notre Code civil, le mariage ne correspond pas pleinement au concept de contrat, il reste encore néanmoins beaucoup trop contractuel. D'abord, la conception du mariage-contrat est *fausse au point de vue purement logique.* On a ainsi raisonné: le contrat est un accord de volontés; or, le mariage se manifeste par un accord de volontés; donc le mariage est un contrat. Mais on a simplement oublié que, s'il est vrai que tout contrat implique un consentement, tout consentement n'implique pas nécessairement un contrat.

En outre, et surtout, la conception purement contractuelle est *antisociale, antihistorique et antinaturelle* (2) et, si l'on veut absolument et dans une certaine mesure

(1) Cf. Beaussire, *op. cit.*, p. 212.
(2) Cf. Gounot, *op. cit.*, p. 259.

conserver la notion de contrat, il faut la dépouiller des éléments dangereux qu'elle peut contenir et la tempérer par des considérations plus sociales et plus humaines. Le mariage n'est pas simplement un contrat personnel et révocable, il ne doit pas être considéré comme une création arbitraire des lois et de la volonté des époux, et il ne faut pas rechercher son principe dans « l'affection mutuelle que suppose l'union de deux sexes », et la satisfaction d'obligations réciproques. Sa destination véritable est supérieure à tous les intérêts individuels et consiste dans le maintien de la famille, pierre angulaire de la société et dans la perpétuité de l'espèce (1); elle est imposée par les lois éternelles de la morale et, partant, elle n'est pas seulement de droit humain, mais de droit divin. Le mariage est la source de la famille, véritable institution organique qui constitue la fin dernière vers laquelle il doit être ordonné; et s'il est vrai qu'il suppose à l'origine un accord de volontés, celui-ci est impuissant à en faire une situation contractuelle dont il déterminerait librement tout le contenu. La famille en effet n'est pas un agrégat amorphe d'individus et constitue un groupe naturel, un véritable organisme autonome, qui ne doit pas être à la merci des nombreux membres qui le composent. Il ne faut donc voir un contrat que dans la formation et la célébration du mariage, car toute sa vie doit être considérée comme une institution obéissant à des lois qui lui sont propres et qui s'appliquent nécessairement, rétroactivement au besoin, sans égard aux volontés qui ont

(1) C'est la conception théologique et canonique du mariage. Cf. surtout Saint Thomas, *Suppl.*, 3, 9, 67, a. 1, ad. 4 « *Matrimonium principaliter ordinatur ad bonum commune ratione principalis finis, qui est bonum prolis; quamvis etiam ratione finis secundarii ordinetur ad bonum personæ matrimonium contrahentis. Et ideo in legibus matrimonii magis attenditur, quid omnibus expediat, quam quid uni competere possit* ».

présidé à la naissance : *à la situation contractuelle s'est aussitôt substituée, ipso facto, dès sa fondation, une situation institutionnelle.*

Le divorce, et encore plus le simple repudium, n'apparaissent pas dès lors comme la rupture d'un contrat, mais comme une atteinte portée à une institution, qui, renouvelée, peut lui être fatale ; qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'enfants issus du mariage, il y a toujours un tiers intéressé à son maintien qui est la société. Celle-ci a le droit de compter sur la perpétuité du lien que les époux ont accepté et qui est pour eux *la loi qu'ils se sont forcément imposée en s'unissant librement* (1). Comme l'a fort bien dit M. Glasson « Le divorce produit fatalement l'abus du divorce, et l'abus du divorce compromet l'existence même de la famille » (2). Et M. Franck a reconnu que c'était là une objection formidable. Aussi, les véritables tempéraments à l'indissolubilité du lien conjugal, — si l'on peut parler de tempéraments, — nous paraissent résider : d'une part, dans la séparation de corps, admise par le droit canonique, mais conçue surtout sous la forme suisse qui a l'avantage de ne constituer qu'un simple relâchement passager se terminant de plein droit par la réunion des époux, en l'absence de toute action nouvelle, en divorce ; et d'autre part dans l'application d'un système des nullités imité du droit canonique, c'est-à-dire un peu plus extensif que celui du droit français, parce que la nullité ne dissout pas un mariage existant, mais fait considérer l'union conjugale comme n'ayant jamais existé par suite de l'absence initiale d'un élément constitutif essentiel. On ne devra d'ailleurs pas aller trop loin dans l'admission des nullités qui devront être soi-

(1) Cf. Beaussire, *op. cit.*, p. 229.
(2) Glasson, *Le mariage et le divorce*, 2e édition, 1880.

gneusement limitatives, car l'on risquerait de permettre, sous un nouveau nom et avec une procédure différente, l'abus scandaleux du divorce. Mais c'est assez dire qu'à notre sens le problème du divorce et celui des nullités se trouvent liés.

Admettons au besoin, si l'on veut, que l'acte primitif de la formation du mariage est un contrat, mais toute la vie des époux doit se dérouler en dehors de toute sphère contractuelle, elle a pour fin sublime « la fondation de ce royaume du devoir qu'on appelle la famille » (1) et qui est par elle-même une individualité objective (2). Certains persistent à considérer comme utile la notion de contrat parce qu'elle fournirait un argument contre la dissolution du mariage par voie unilatérale, alors que d'autres, nous l'avons vu, font dériver ce répudium du concept même de contrat ; certains autres enfin, avec plus de raison, retiennent le concept contractuel, mais en considérant qu'il s'agit d'un contrat auquel la société est partie, contrat tripartite par conséquent. Mais qu'est-ce à dire, dans cette dernière opinion, sinon que les époux ne sont pas libres d'en fixer eux-mêmes tout le contenu, et que ce contrat n'est qu'un artifice destiné à voiler le caractère institutionnel du mariage que l'on sent cependant la nécessité sociale de ne pas méconnaître.

Nous pensons donc qu'il ne faut pas parler de contrat pour expliquer le fondement profond du mariage : ce contrat est une fonction engendrée par la doctrine individualiste, à laquelle il faut substituer une notion réaliste de discipline sociale et biologique. Et puis,

---

(1) Beaussire, *op. cit.*, p. 218.

(2) On voit combien est fausse la conception de Rousseau : « La famille elle-même ne se maintient que par convention ». *Contrat social*, I, 2.

nous l'avons déjà dit, l'institution, qui suppose la durée, ne peut guère s'accommoder du cadre du contrat, dont l'existence est essentiellement précaire, puisqu'elle est entièrement entre les mains des contractants eux-mêmes.

Comme l'a dit M. le professeur Morin, *le mariage devrait être conçu comme une institution* ayant pour but de servir les intérêts de l'espèce et de rattacher l'enfant à son père, en entourant la procréation de certaines garanties. *Il faut que la loi du mariage cesse d'être uniquement la loi de l'individu et devienne la loi de l'espèce,* contraignant les époux dans l'intérêt de leur descendance et leur apprenant que *la famille,* comme la nation, *est une grande solidarité dans le temps,* c'est-à-dire des vivants avec les morts, et avec ceux qui naîtront (1).

Nous ajouterons simplement, pour conclure, que, si l'on peut dire que le mariage est une fiction de contrat aussi bien dans la conception du Code civil que dans la théorie institutionnelle, il faut bien préciser que dans le premier cas il y a apparence de contrat, tandis que dans le deuxième cas il y a véritablement absence de contrat.

§ 2. — LA FILIATION

Au sens large et naturel du mot, la filiation est le rapport de parenté existant entre descendants en ligne directe; mais, au sens étroit et vraiment juridique, elle est exclusivement le lien immédiat qui unit l'enfant à ses père et mère. Et comme ce lien peut être légitime, naturel ou même adoptif, nous sommes amenés, en nous plaçant au point de vue qui nous occupe, à nous

(1) M. le professeur Morin, Conférence à la Salle des Fêtes du Palais de l'Université de Montpellier, année 1922.

demander si la reconnaissance d'enfant naturel, la légitimation et l'adoption sont des contrats, si la filiation légitime résulte purement et simplement du lien du sang existant entre l'enfant et ses auteurs dont il est issu par le mariage.

Il peut bien paraître d'abord que la reconnaissance d'enfant naturel, la légitimation et l'adoption supposent un certain degré de fiction (1), car ce sont des moyens divers de créer des parentés qui sont toujours fictives à quelques points de vue. L'adoption imite de façon imparfaite la parenté véritable; la légitimation assimile l'enfant reconnu à l'enfant légitime; la reconnaissance agit rétroactivement, et la rétroactivité est bien une fiction. Assimilations toujours imparfaites dans tous les cas, car on ne fait que simuler plus ou moins imparfaitement la nature: l'adoption ne transforme pas entièrement l'adopté en un enfant du sang; la légitimation agit sans rétroactivité, alors que, si l'enfant avait été légitime, il aurait joui de cette situation dès sa naissance; la reconnaissance ne fait que créer une période transitoire entre la parenté naturelle et la parenté légitime. Essayons néanmoins de déterminer de façon plus précise l'étendue et le domaine de la fiction contractuelle dans les diverses sortes de filiations, adoptive, naturelle et légitime.

1° *La Filiation Adoptive*

L'adoption a été considérée traditionnellement comme un contrat solennel, parce qu'elle exigeait le consentement exprès de toutes les parties intéressées. Et cependant, n'est-il pas vrai que l'on peut dire avec M. Durkheim (2) que le rôle qu'y joue le contrat va toujours en diminuant?

---

(1) Cf. Lecocq, thèse précitée, pour la critique spéciale de la fiction attachée à l'adoption, p. 133-142.

(2) Cf. Durkheim, *op. cit.*, p. 229.

Tandis que pour la théorie contractuelle l'individu est libre de créer le droit à son gré, pour l'adoption au contraire, la loi ne lui permet pas d'assimiler en tous points l'adopté à l'enfant du sang (1); il n'y a pas un véritable contrat, car il y a superposition et non substitution de parentés (2).

Bien plus, le Code civil, qui admettait trois sortes d'adoption, l'adoption privilégiée, l'adoption testamentaire et l'adoption conventionnelle, exigeait dans son article 346 pour l'adoption conventionnelle, que l'adopté soit majeur, afin qu'il pût donner son consentement en pleine connaissance de cause, précisément parce qu'il considérait l'adoption comme un véritable contrat. Mais une loi récente du 19 juin 1923 (3), qui a sup-

---

(1) L'adoption française ne fait pas passer l'adopté de sa famille naturelle dans sa famille adoptive, comme l'ancienne adoption romaine, qui, par la *capitis diminutio*, faisait perdre à l'adopté tous droits de succession et autres dans son ancienne famille. Elle se rapproche de l'adoption romaine modifiée par le Préteur et par Justinien, lorsque les *bonorum possessiones* permirent à l'adopté de venir succéder à ses parents par le sang, au cas où il aurait été émancipé par l'adoptant avant la mort du père naturel, et l'*adoptio minus plena* au cas où il serait déjà mort et sa succession liquidée.

(2) S'il est vrai qu'en droit français les parties contractantes ne peuvent mettre fin à leur gré au contrat d'adoption, en tout cas dans le Code civil allemand, de même qu'un contrat crée l'adoption (§ 1741), de même un contrat le rompt (§ 1768). Rappr. Lefebvre, *op. cit.*, p. 125. La révocation de l'adoption désormais possible en France depuis la loi du 19 juin 1923 (art. 370 nouveau du Code civil) n'est permise que s'il est justifié de motifs très graves et doit être prononcée par le tribunal.

(3) La loi du 19 juin 1923 a modifié tout le régime de notre adoption (art. 343 à 370 du C. civil), dans un but de simplification. Si les effets restent les mêmes, l'adoption en tout cas se trouve désormais facilitée dans ses conditions de fond et de forme: il suffit que l'adoptant ait quarante ans et il n'est plus nécessaire que l'adopté soit majeur; en outre, l'acte d'adoption peut être reçu par un notaire aussi bien que par le juge de paix, et l'homologation de la Cour d'appel est supprimée; enfin la révocation sous forme judiciaire est permise pour motifs très graves.

primé les deux formes d'adoption exceptionnelles, pour ne maintenir que l'adoption conventionnelle, permet de réaliser celle-ci avant la majorité de l'adopté, autrement que par le moyen compliqué de l'adoption testamentaire. Il faut et il suffit désormais que le mineur adopté ait le consentement de ses parents, ou, à leur défaut, du conseil de famille. C'est donc abandonner la conception traditionnelle purement contractuelle d'après laquelle la pleine capacité juridique était requise de l'adopté.

Notons enfin, à un point de vue plus général, qu'en facilitant l'adoption la loi du 19 juin 1923 a battu en brèche une autre erreur individualiste qui consistait à réduire toujours le groupe de la famille aux parents et à leurs descendants directs, alors que souvent, en l'absence de ceux-ci, de simples collatéraux en tenaient souvent lieu en fait.

L'adoption n'offre-t-elle donc pas un caractère largement institutionnel? Comme l'a dit fort justement M. le sénateur Boivin-Champeaux, en définissant le but de la loi nouvelle: « Il s'agit non seulement de la transformation profonde de l'un des chapitres du Code civil, mais, en quelque sorte, *de donner la vie à une institution bienfaisante*, jusqu'ici stérilisée par les textes, malgré l'ardent désir des intéressés » (1).

2° *Les Filiations naturelle et légitime*

La reconnaissance d'enfant naturel et la légitimation sont-elles des contrats? *Stricto sensu*, au sens de concours de deux volontés, l'on ne peut pas dire que ce soient des contrats, car la reconnaissance résulte de manifestations indépendantes des volontés des père et

(1) Cf. *Journal du Notariat Amiaud*, du 25 août 1923, n° 16. n. 362 (n° 3).

mère qui paraissent omnipotentes (1), et la légitimation se produit de plein droit quand elle est l'effet du mariage subséquent. Et, au surplus, la reconnaissance d'enfant naturel n'est pas un acte juridique proprement dit, car elle ne produit pas des effets nouveaux; elle est l'affirmation d'un état de choses préexistant, consacré par les liens du sang, c'est-à-dire une variété d'aveu, puisqu'elle a pour objet le passé et non l'avenir. Comme telle, elle n'est qu'un mode de preuve, et l'aveu ne saurait être assimilé à un contrat ou à un quasi-contrat (2).

Mais, *lato sensu*, il y a bien dans la reconnaissance et la légitimation des applications des théories individualiste et contractuelle, en vertu desquelles le père n'établit des liens avec ses enfants que s'il le veut, quand et comme il le veut. Il y a quelque chose qui tient du contrat, c'est une sorte de fiction contractuelle.

M. Colin, qui a voulu voir dans la famille un ensemble de liens volontaires et contractuels, a montré qu' « *entre le père et les enfants aucun lien ne peut être créé que par la volonté de l'homme* » dans toute législation sur la filiation, car le rapport de parenté résulterait de la reconnaissance proprement dite dans la filiation naturelle, et d'une sorte de reconnaissance anticipée considérée comme une clause tacite du contrat de mariage, dans la filiation légitime (3). Il a tenté une nouvelle

---

(1) Nous envisageons ici le mode de légitimation de droit commun, la légitimation par jugement possible pendant le mariage en vertu de la loi du 30 décembre 1915 (article 331 nouveau du Code civil) étant un mode particulier, de pratique plus récente et moins courante.

(2) Cf. R. Worms, *De la volonté unil., op. cit.*, thèse, 1891, p. 19.

(3) Cf. sur toute cette question A. Colin, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », dans *Rev. trim. de dr. civ.*, 1902, p. 282 et s. — Voy. aussi p. 274 où il considère la reconnaissance comme une demi-adoption.

justification de l'art. 312 du C. civil et de l'adage « *pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant* »; le fondement de l'art. 312 ne résiderait plus dans une présomption de fidélité de la femme mariée, mais dans un acte de volonté du mari, qui, en se mariant, accepterait d'avance dans sa famille légitime les enfants que sa femme mettra au monde dans la suite, du moins quand la procréation n'aura pas lieu dans des circonstances anormales.

N'est-il pas vrai d'ailleurs que, dans notre Code civil, *il ne suffit pas d'être père en fait, il faut vouloir l'être en droit,* et que la présomption de paternité n'existe que dans l'intérêt du père et non de l'enfant? Elle permet au mari de se rattacher les enfants, mais ceux-ci ne peuvent s'en servir. Le lien unissant l'enfant à son père est sous la dépendance de la volonté du père, car *l'action en désaveu* appartient uniquement au père. Celui-ci, peut, en l'exerçant, exclure l'enfant; et, en ne l'exerçant pas, retenir par devers lui des enfants de sa femme qui ne sont pas les siens, allant ainsi à l'encontre des désirs de sa femme et de son complice, qui pourraient souhaiter un désaveu. C'est une résurrection de cette ancienne idée que les enfants de la femme appartiennent au mari, une consécration du droit absolu de l'homme sur la progéniture de sa femme, du droit de composer à sa guise le groupe familial (1).

Et, d'autre part, si l'action en désaveu appartient toujours exclusivement au père, dans le Code civil, l'art. 340 interdisait *la recherche en paternité,* sauf dans une hypothèse tout à fait exceptionnelle, le cas d'enlèvement, à ce point que l'enfant se trouvait absolument sans aucun droit pour établir sa véritable filiation à l'encontre et de son faux père et de son vrai père.

---

(1) M. le professeur Morin à son cours.

La loi du 16 novembre 1912, prenant pour point de départ les progrès réalisés par une jurisprudence novatrice, a heureusement corrigé le Code sur ce point en étendant le domaine de la recherche de paternité. Il serait peut-être souhaitable que le législateur se décide aussi un jour à accorder l'action en désaveu à tous ceux qui auraient intérêt à prouver l'illégitimité du lien de l'enfant, la mère, les autres enfants issus légitimement du mariage, les parents du mari qui vont se voir exclure de la succession... (1) suivant en cela l'exemple des législations étrangères récentes, les Codes suisse et allemand surtout.

Ainsi on diminuerait les effets fâcheux de la thèse contractuelle du mariage, car, s'il est vrai que l'adoption ressemblera toujours plus ou moins à un contrat, il ne serait pas impossible de concevoir une reconnaissance d'enfant naturel, une légitimation et une filiation légitime sous un jour moins contractuel et plus social. Nous voulons dire l'enfant moins abandonné aux caprices de la volonté de ceux qui l'ont engendré et qui devraient comprendre qu'il a des droits à la vie juridique la plus grande et qu'ils ont le devoir sacré de lui faciliter cette existence. A la notion trop égoïste de droit, se substituerait une notion altruiste de devoir basée sur la solidarité dans le temps. Et, en parlant ainsi, nous pensons surtout aux enfants adultérins et incestueux qui souffrent trop de l'abandon dans lequel ils sont laissés, par suite du manque de contrainte exercée sur la volonté des parents.

***

Ce n'est donc que par une étrange fiction que l'on arrive à réduire à des juxtapositions ou à des superpo-

(1) Cf. par. ex. Planiol, *Tr. él. de dr. civ., op. cit.*, t. I, n° 1422, p. 438.

sitions de contrats et d'obligations conventionnelles tout le droit familial, car le contrat c'est le droit dans toute sa force, pour les parties, de créer des effets juridiques selon leur libre et bon vouloir. Or, il y a, dans le droit de la famille, quelque chose qui dépasse infiniment le contrat, réel ou fictif, c'est l'institution et l'idée de devoir.

La destination suprême de tout ce droit n'est pas de créer des situations contractuelles entre deux personnes, mais bien d'asseoir solidement les bases de la famille et de la société; la notion essentiellement subjective de contrat doit faire place de plus en plus à une notion plus sociale et plus objective d'*institution*, représentant en quelque sorte la société comme partie au contrat (1).

La notion du droit, dans la famille, comme d'ailleurs aussi dans le patrimoine, doit être fondée sur *l'idée de devoir*. C'est ce que Auguste Comte, le grand penseur, a affirmé en des termes particulièrement énergiques, que nous nous permettons de rappeler: « La régénération décisive consistera surtout à substituer toujours les devoirs aux droits pour mieux subordonner la personnalité à la sociabilité. Il n'a pu exister de droits véritables qu'autant que les pouvoirs réguliers émanaient de volontés surnaturelles. Pour lutter contre cette autorité théocratique, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de prétendus droits humains qui ne comportaient qu'un office négatif; quand on a tenté de leur donner une destination vraiment organique, ils ont bientôt manifesté leur nature antisociale en

(1) Voy. Durkheim, *op. cit.*, p. 226: « Le mariage et l'adoption sont des sources de relations domestiques et ce sont des contrats. Mais il se trouve justement que, plus on se rapproche des types sociaux les plus élevés, plus aussi ce deux opérations juridiques perdent leur caractère proprement contractuel ».

tendant toujours à consacrer l'individualité... Chacun a des devoirs et envers tous, mais personne n'a aucun droit proprement dit... En d'autres termes, *nul ne possède plus d'autre droit que celui de faire toujours son devoir.* » (1)

Le droit de famille ne doit pas se résoudre dans la loi contractuelle des époux, mais avant tout dans la loi de l'espèce; elle ne doit pas consacrer exclusivement la loi du père, mais prendre en considération la situation de l'enfant et lui élaborer sa propre loi. Bref, dans tout ce droit, *il ne faut jamais éliminer l'élément finaliste qui est l'élément vraiment humain;* et pour cela, il faut se débarrasser résolument des formules vaines qui le voileraient à nos yeux.

SECTION II

DANS LE DROIT DU PATRIMOINE

Nous venons de voir les répercussions du dogme contractuel dans le droit de la famille; mais, pour si importantes qu'elles aient été, le droit du patrimoine reste évidemment le domaine propre du contrat, et nous allons examiner comment, en l'exagérant, on a poussé sans peine la notion contractuelle jusqu'à la fiction, en considérant la volonté comme toujours *omni sciente.*

On définit en général le patrimoine: l'ensemble des droits et des obligations appréciables en argent, et on considère qu'il comprend deux sortes de droits, les droits réels et les droits de créance. Or la doctrine individualiste a vu dans les uns comme dans les autres de véritables contrats.

La doctrine allemande de la Willensmacht considère la propriété comme l'extension de la puissance d'un

(1) Auguste Comte, *Politique positive,* 1890, I, p. 361.

sujet (1). Et M. Fouillée, la ramenant nettement à une conception contractuelle, a écrit: « Pourquoi la propriété individuelle est-elle légitime? Parce qu'elle est issue d'un contrat primitif, ou bien parce qu'elle a pour effet l'égalité des libertés et rend possible la justice contractuelle. » (2) Ailleurs il a défini ainsi la propriété: c'est « la liberté faite visible » (3). Et, d'autre part, pour les droits personnels et les obligations, on sait aussi que, selon la conception purement individua-

---

(1) Cf. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, § 52 et 53.

(2) Fouillée, *Science sociale, op. cit.*, p. 64. Cf. dans un sens tout à fait opposé à la conception civiliste de propriété-droit subjectif individuel du propriétaire, *la conception de propriété-fonction sociale* du détenteur de la richesse, de propriété-affectation ou propriété sans propriétaire, Duguit, *Les transf., op. cit.*, p. 146 et suiv.; *Le droit indiv.*, p. 17 et suiv; *L'Etat, le droit objectif, op. cit., passim.* — Voy. aussi Hauriou, *Princ. de dr. public*, 1910, p. 38, qui écrit: « Enfin descendons au plus individualiste des droits individuels, au droit de propriété privée. L'élément de fonction y est caché... » Dans cette doctrine, le propriétaire ne doit pas laisser son bien improductif, et en le travaillant non seulement il ne doit pas porter atteinte aux droits de ses semblables, mais il est obligé d'employer la richesse qu'il détient conformément à sa destination sociale. On s'éloigne considérablement de la *conception individualiste* qui se résume dans l'art. 17 de la Décl. des droits de l'homme de 1789: « La propriété est un droit individuel et sacré... », et des art. 544 et 545 du Code Napoléon: « La propriété est un droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ». Le droit de propriété n'est pas, dans les théories nouvelles, une fin en soi, mais un simple moyen d'atteindre un but conforme à l'utilité sociale. — Quant à nous, nous pensons tout simplement que la théorie individualiste et la théorie sociale sont toutes deux beaucoup plus trop exclusives, et le droit de propriété nous apparaît comme *un droit individuel mêlé de fonction sociale.*

(3) Fouillée, *Idée moderne du droit*, 2e édit., p. 123. — Et cependant, écrivent MM. Colin et Capitant, « dans le droit des biens la liberté est beaucoup plus limitée que dans le domaine des droits de créance. Les parties en effet ne peuvent pas modifier à leur gré l'organisation de la propriété foncière, ni créer des droits réels autres que ceux qu'autorise la loi. Le cadre où se meut leur volonté est ici beaucoup plus étroit ». *C. de dr. civ.*, t. II, p. 258.

liste, leur source est dans le concours de deux volontés c'est-à-dire dans des contrats (1).

Rien d'étonnant dès lors que, pour l'école individualiste, toute la théorie du patrimoine s'explique par des contrats.

Nous avons déjà vu, dans la première partie de notre étude sur la théorie de la fiction de contrat, diverses sortes de contrats purement fictifs, en faisant les théories de l'irrévocabilité de l'offre, de la déclaration de command, de la contre-lettre, de la déclaration de volonté, du silence, des aliénations onéreuses à fonds perdus en ligne directe..., sur lesquelles nous ne reviendrons pas. Nous ne parlerons pas non plus des diverses situations qui s'analysent en une fiction, mais une fiction de volonté unilatérale et non de contrat, à cause de l'absence de concours de deux volontés, telles que: la succession ab intestat, le rapport à succession, l'acceptation de succession, les vices du consentement, la confirmation d'obligations annulables, l'acceptation et la renonciation tacites, l'interprétation jurisprudentielle des substitutions pour les valider... Mais nous examinerons un certain nombre de situations particulièrement importantes qui s'analysent, dans la doctrine classique, en des contrats tacites à caractères fictifs, en envisageant successivement la théorie générale des obligations et la théorie spéciale des contrats.

§ 1. — DANS LA THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS

L'article 1108 du Code civil, qui contient les éléments essentiels à tout contrat, permet d'établir en réalité deux sortes de conditions, conditions d'existence et de

---

(1) Cf. Kant, *Doctrine du Droit*, trad. Barni, p. 103-104.

validité, sanctionnées par les nullités absolues et les nullités relatives, lesquelles, ainsi que les modalités des obligations, nous fournissent des cas intéressants de fictions de contrats. Nous nous arrêterons spécialement aux obligations annulables, aux obligations conditionnelles et aux obligations solidaires dans leurs effets secondaires.

1° *Les obligations annulables*

La théorie des nullités relatives nous révèle deux fictions, l'une concernant l'incapable et celui dont le consentement est vicié, l'autre existant du chef de la partie qui souffre de la nullité, c'est-à-dire du lésé (1).

Tout incapable et toute personne dont le consentement est vicié par l'erreur, le dol, la violence ou la lésion, dans les conditions prévues par le Code civil, peuvent demander la nullité de l'acte qu'elles ont accompli, à moins qu'il n'y ait confirmation ou prescription, auxquels cas l'acte se trouve validé. Tant que ces contractants pourront invoquer cette nullité, par action pendant dix ans (art. 1304) ou par exception, laquelle est perpétuelle, le contrat qui, à tout instant, risque d'être anéanti par leur volonté, ne saurait être véritablement considéré comme un contrat parce que celui-ci suppose l'égalité, la liberté et l'intelligence des parties, et que l'une d'elles a donné un consentement que son état lui interdisait ou qu'elle pouvait donner, mais atteint de vices. Le contrat ne sera définitivement parfait que par la confirmation ou la prescription.

---

(1) Et cela est vrai, non seulement de la nullité des contrats en général, mais aussi de la nullité du mariage en particulier, surtout dans les Codes suisse et allemand qui admettent l'erreur spontanée et l'erreur provoquée (dol). Et la fiction de contrat était bien plus nette et plus étendue encore dans les antiques législations qui, en faisant une longue énumération des vices du consentement, procuraient aux contractants de multiples échappatoires. Cf. Tarde, *op. cit.*, II, p. 112 et 113.

Or, précisément dans le cas où joue la prescription décennale, la doctrine des volontés fictives considère qu'il y a *confirmation tacite* reposant au fond sur une renonciation également tacite à l'action en nullité. C'est la tendance à tout expliquer par des volontés tacites (1) : les confirmations, les acceptations, les renonciations. Mais en réalité, comme l'a remarqué M. Gény (2), ce n'est pas par des volontés, mais par des considérations franchement objectives qu'il faut expliquer la prescription : l'équité, la sécurité des transactions juridiques, l'intérêt général de la stabilité des droits et la juste protection des intérêts des tiers. Il est inutile d'imaginer des volontés tacites. Tacites? « Ah! certes, elles le sont bien, ces volontés qu'on suppose, puisque celui-là même qui les a ne les connaît pas » (3).

Mais voici une autre fiction de contrat. Lorsque la nullité relative aura été prononcée pour cause d'erreur commise par le réclamant et résultant de sa faute, l'autre partie qui souffre de la nullité et éprouve une perte devrait, semble-t-il, avoir droit équitablement à des dommages-intérêts, pourvu qu'elle soit de bonne foi, et cette indemnité serait calculée d'après l'intérêt qu'il y aurait eu pour elle à la conclusion du contrat et à son maintien (4).

---

(1) Cf. l'art. 778 pour l'acceptation tacite de succession et surtout l'art. 1454 pour l'acceptation tacite de la communauté par la femme après le décès de son mari, la femme est ainsi censée avoir pris parti sur une situation dont elle n'a qu'une bien vague notion. Voy. aussi pour la renonciation tacite : l'inopposabilité d'exceptions au porteur de bonne foi.

(2) Cf. Gény, *Méth. d'int., op. cit.*, p. 150.

(3) Dereux, thèse citée, p. 322.

(4) En ce sens, cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 343 *bis;* — Bufnoir, *Propriété et contrat*, Rousseau, 1900, p. 598; — Pothier, *de la Vente*, n° 19; — Colmet de Santerre V, n° 16 *bis*. En sens contraire, M. Wahl à son cours, car il ne saurait y avoir de délit à exercer son droit. Cf. sur l'examen critique de la question, Dereux, thèse citée, p. 220

Or, le fondement juridique de ces dommages-intérêts, que l'on a d'abord cru être une faute délictuelle basée sur l'art. 1382, a été considéré aussi comme étant une *faute semi-contractuelle* (1). Dans cette dernière théorie, les contractants sont présumés s'être engagés implicitement à répondre des fautes qu'ils pourraient commettre dans la formation du contrat, chacun promettant tacitement de faire son possible pour conduire à bien le contrat et se rendant ainsi garant de sa validité. Si, ultérieurement, la partie qui a commis une erreur fait annuler le contrat, elle est, dira-t-on, responsable sur le terrain contractuel, car elle a violé l'engagement tacite. Et cette responsabilité reposerait sur un contrat tacite parce qu'il n'y a pas eu de contrat expressément conclu. Mais est-il bien indispensable d'imaginer encore ici un simili-contrat, quand il s'agit au fond de consacrer, en l'absence d'un texte légal spécial, une règle de justice et d'équité, qui n'est en somme que l'application logique des articles 1134 al. 3 et 1135 du Code civil? Nous n'en voyons pas l'utilité et nous ne le pensons pas (2).

---

et suiv. Contrairement à la doctrine, la jurisprudence paraît ignorer cette solution, et suivant que la faute du demandeur en nullité pour cause d'erreur est légère ou grave, elle accorde ou refuse la nullité car on ne pourrait jamais demander la nullité d'un acte quand on est responsable de cette nullité (art. 1382).

(1) Cons. les Codes récents qui admettent la théorie de la responsabilité contractuelle: Code allemand, art. 122, 307; Code suisse, art. 26.

Pour la doctrine, voy.: Ihering, *De culpa in contrahendo*, ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites, 1860, œuvres choisies, trad. Meulenaere, II, p. 1 et suiv. — Legros, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, thèse, Dijon, 1900. — Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation, d'après le projet du Code civil allemand*, n° 141-144. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. I, n° 362.

(2) Sur l'inutilité de cette fiction de contrat, et la nécessité de considérer l'obligation du pollicitant comme une obligation non pas

2° *Les obligations conditionnelles*

Les obligations conditionnelles sont celles dont l'existence même dépend d'un événement futur et incertain qui leur permettra de se former ou qui les éteindra. Tant que l'événement ne sera pas réalisé, les obligations sous condition suspensive n'auront qu'une existence virtuelle ou fictive; les obligations sous condition résolutoire auront une vie précaire. A l'arrivée de la condition, au contraire, grâce à l'effet rétroactif (1), l'obligation naîtra ou avortera, se consolidera ou sera anéantie; quand elle naîtra ou se consolidera, on pourra dire qu'elle a sa source dans un véritable contrat; quand elle avortera ou sera anéantie, les choses se seront passées, jusqu'à la réalisation de la condition, comme si le contrat était valable, alors qu'il n'en était rien.

Mais la fiction de contrat apparaît surtout de façon très nette dans *la condition résolutoire* de l'art. 1184 que l'on appelle *le pacte commissoire tacite* des contrats synallagmatiques. La doctrine traditionnelle a voulu sous-entendre ici un concours de volontés qui n'a jamais existé, car, s'il avait pu se former, il aurait cer-

---

volontaire, mais légale, celle de ne pas tromper la confiance nécessaire à l'entretien des relations sociales, voy.: Lévy, « Responsabilité et contrat », in *Rev. crit.*, 1899, p. 361 et suiv. — Saleilles, *op. cit., passim.* — Meynial, Compte rendu critique de « La déclaration de volonté » de Saleilles, in *Rev. trim. de dr. civ.*, 1902, p. 545. — Voy. aussi G. Morin, Le crédit, II le Contrat, in *La vie juridique du Français, op. cit.*, p. 40-41: La responsabilité en cas de nullité des contrats s'appuyerait sur les art. 1382 et suiv. du C. civil, « considérés comme établissant, non pas la seule responsabilité de la faute, mais encore la responsabilité du risque, une sorte de risque contractuel ».

(1) Sur les tentatives faites pour dégager la rétroactivité de la condition de toute idée de fiction, cons. la bibliographie donnée par Gény, *Sc. et Tech.*, t. III, p. 411 et 412, note 3, et notamment Gallet, *Etude sur la fiction de rétroactivité en droit français*, thèse, Poitiers, 1903, première partie, ch. III, p. 63-125; Colin et Capitant, *Cours él. de dr. civ.*, t. II, 2e éd., 1920, p. 164-167; — Lecocq, thèse précitée, p. 73-79.

tainement décidé qu'en cas d'inexécution du contrat la résolution aurait lieu de plein droit et ne serait soumise à aucune action judiciaire. Aussi nous paraît-il plus simple de reconnaître que la résolution est tout simplement l'application du principe de justice objective qui veut qu'un contrat synallagmatique devienne résoluble dès que l'une des parties n'exécute pas son engagement (1). Comme l'a fort bien déclaré la Cour de Cassation « La résolution prononcée par l'art. 1184 est la consécration de cette règle d'équité qui ne permet pas de laisser un des contractants dans les liens d'un contrat dont l'autre partie ne lui fournirait pas l'équivalent. » (2)

Rejetons donc ici encore l'explication traditionnelle par la fiction de contrat.

3° *Les obligations solidaires passives dans leurs effets secondaires*

La solidarité passive produisant deux sortes d'effets, l'effet principal qui est d'obliger chaque débiteur au total et les effets secondaires qui se sont formés après une longue évolution du droit, et que l'on explique aujourd'hui par une idée de représentation réciproque des codébiteurs les uns par les autres vis-à-vis du créancier, c'est de ces derniers effets seulement que nous voulons parler ici, car on a voulu les expliquer par des contrats purement fictifs.

Quoique la *théorie de la représentation* soit aujourd'hui admise par la jurisprudence, et aussi en général par la doctrine, elle nous paraît avec M. Huc comme *une* « *imagination* » (3) des interprètes peu conforme

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 1307, p. 431.

(2) Cass., 29 novembre 1865, D. 66-1-27.

(3) Cf. Huc. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, n° 318.

à la réalité. D'abord, en effet, il est souvent contraire à la réalité de considérer chez tous les codébiteurs solidaires la volonté de se faire mandataires réciproques les uns des autres; comment ce mandat serait-il né, lorsqu'il n'y a pas eu d'accord préalable entre tous les intéressés qui parfois même ne se connaissaient pas? (1) D'autant plus qu'ici « ce n'est pas le mandataire étranger personnellement désintéressé, c'est plutôt le gérant d'intérêts communs à plusieurs qui, ayant son intérêt propre à défendre, défend par là même celui d'autrui. » (2).

Et, d'autre part, il est assez difficile de préciser l'étendue du pouvoir de représentation; et si, après de nombreuses controverses, on admet en général la formule de Dumoulin (3), d'après laquelle les codébiteurs se représentent « *ad conservandam vel perpetuendam obligationem, non ad augendam* », n'est-il pas vrai que cette distinction, qui paraît prévaloir en jurisprudence (4), est « arbitraire et imprécise », et, en fin de compte, quand on serre l'idée de représentation de près, qu'elle est « inconsistante »? (5)

Au fond, toute cette théorie du mandat tacite a pour objet d'expliquer la dépendance des codébiteurs solidaires entre eux, car, dans la doctrine individualiste du Code civil, l'on ne pourrait comprendre cette interdépendance sans l'admission préalable d'un contrat. Mais « le biais inventé pour échapper à ce principe si

(1) Il en était ainsi des colocataires d'une maison jadis responsables solidairement de l'incendie, bien qu'ils ne se connaissent pas, en vertu de l'ancien art. 1734 C. civil.

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 499.

(3) Cf. Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, 3e partie, n° 126.

(4) Cf. Cass., 16 décembre 1891, D. P. 92-1-177, note de M. Cohendy et S. 93-1-81, avec note de M. Tissier.

(5) Cf. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 188.

contestable de l'indépendance absolue des individus est une simple fiction, et il serait temps de chercher derrière elle les besoins pratiques à satisfaire, je veux dire une certaine indépendance des individus... Il y a donc inconvénient à accoler une situation toute spéciale à celle du mandat et à continuer vingt siècles après le procédé timide du préteur consistant à étendre les théories par voie de fiction. » (1) Aussi inclinons-nous à penser qu'il n'est pas nécessaire que les effets secondaires de la solidarité soient censés avoir été voulus par les parties; *il faut et il suffit qu'ils soient justes objectivement.*

§ 2. — DANS LA THÉORIE DES CONTRATS SPÉCIAUX

1° *La Communauté légale*

L'article 1393 du Code civil établissant la communauté légale comme régime matrimonial de droit commun a soulevé une grosse controverse à la fois au point de vue du droit interne et au point de vue du droit international privé: on s'est demandé si cette disposition législative était impérative ou interprétative de volonté. Il importe de prendre nettement parti, car, si elle était réellement interprétative, ce que nous ne pensons pas, elle reposerait sur un contrat fictif (2).

On considère en général que l'art. 1393 contient une disposition interprétative des volontés des époux qui se trouveraient soumis au régime de communauté par une sorte de convention tacite. Les époux étaient tou-

---

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 499.

(2) La question qui se pose en France pour la communauté légale se pose en principe de la même façon dans toutes les législations pour le régime matrimonial de droit commun, qu'il soit un régime de communauté ou de séparation de biens.

jours libres de choisir leur régime matrimonial en rédigeant un contrat et d'écarter ainsi la communauté; s'ils ne l'ont pas fait, comme nul n'est censé ignorer la loi c'est-à-dire le régime auquel ils vont se trouver soumis, ils sont censés avoir voulu implicitement adopter la communauté. Ces conventions matrimoniales, quoique tacites et dépourvues de toute forme solennelle et extérieure, sont considérées comme existantes, le silence même gardé par les époux s'interprète comme un contrat de renonciation volontaire aux régimes conventionnels et d'adoption pure et simple du régime légal.

Telle est la doctrine classique du respect de la volonté des parties qui a été inaugurée par Dumoulin. On pourrait croire cependant qu'elle admet, au cas où la communauté s'appliquerait par suite de la *nullité du contrat de mariage,* que la disposition de l'art. 1393 est impérative, quelle que soit la volonté des intéressés. En effet, semble-t-il, les époux ayant manifesté une intention contraire au régime de la communauté, on ne peut prétendre que ce soit par une interprétation de leurs volontés qu'ils vont se trouver soumis à la communauté légale: c'est donc, tout au moins dans ce cas spécial, que la communauté est un effet légal et obligatoire du mariage (1). Et cependant, on répond qu'il n'en est rien. Quand le contrat de mariage se trouve annulé, ce n'est pas malgré eux que les époux sont soumis à la communauté, car « ils ont dû envisager même cette éventualité..., a écrit M. Weiss, et s'y sont volontairement soumis... » (2) Nous pensons au contraire qu'il y a une nécessité impérieuse d'ordre public qui impose une règle impérative, une véritable sanction civile, pour

(1) En ce sens M. Pillet, *Principes de droit international privé,* 1903, n° 245.

(2) Weiss, *Traité de dr. intern. privé,* t. III, p. 551-552.

fixer le nouveau régime qui s'appliquera aux époux; et cette règle a pour fondement l'immutabilité matrimoniale, auquel on porterait atteinte en permettant de faire une nouvelle convention matrimoniale, celle-ci pendant le mariage.

Mais l'hypothèse de l'application de la communauté légale par suite de la nullité du contrat de mariage étant exceptionnelle, il nous faut envisager la communauté légale dans son application courante qui a lieu par le seul fait du silence des époux.

D'abord, nous ne pensons pas qu'elle repose davantage sur un contrat tacite et fictif, car comment les époux pourraient-ils avoir nettement conscience, au jour de leur mariage, de leurs intérêts pécuniaires futurs et manifester dès ce moment une intention précise? Les parties n'ont donc rien voulu du tout; seulement, fait remarquer M. Pillet, « le juge doit choisir à leur place le parti le plus naturel pour elles, la loi qu'elles auraient vraisemblablement acceptée si elles avaient songé à la question » (1). Or, c'est bien là chose impossible, car le juge ignorera toujours à quelle solution se seraient arrêtés les époux dont le plus souvent les intérêts sont opposés et inconciliables et il ne pourra la déterminer.

Et puis, à supposer qu'il y ait contrat tacite, ce contrat supposerait toujours connue par les intéressés la réglementation légale; or, l'on sait que bien peu la connaissent en général quand ils contractent, et les époux quand ils se marient. D'autant plus que, comme ce sont d'ordinaire les époux fortunés qui passent des contrats de mariage, il en résulterait que ce serait précisément ceux qui sont sans ressources et le plus souvent munis de l'instruction la moins développée que l'on considèrerait comme ayant eu une volonté sérieuse et éclairée conforme à la loi.

---

(1) M. Pillet, *op. cit.*, p. 439.

Enfin, l'explication fictivement contractuelle de la communauté légale nous paraît encore au moins aussi invraisemblable *en droit international privé*. La fiction de contrat est à la base du système de la jurisprudence qui ne recherche plus aujourd'hui que « la volonté probable des futurs époux, en s'inspirant de toutes les circonstances qui ont accompagné ou suivi le mariage, pour déterminer sous l'empire de quelle loi les époux ont entendu placer le régime de leurs biens en ne rédigeant pas de contrat » (1). Or, les circonstances pouvant être très variables, il en résulte que la loi, dont l'application est censée avoir été voulue par les époux, varie elle aussi et peut être, selon les cas, la loi nationale, ou la loi du domicile matrimonial. On recherche donc quel contrat les époux sont censés avoir fait, alors qu'ils n'en ont fait aucun, c'est-à-dire on établit une fiction là où il n'y a pas eu de contrat véritable. Ainsi, de deux choses l'une : ou les époux ont choisi eux-mêmes leur régime, et il y aura contrat ; ou bien ils n'ont rien dit et il y aura fiction de contrat, on étend alors le système contractuel à des situations où il n'y a rien de contractuel (2). Et, quelle que soit l'importance des

---

(1) Sur cette jurisprudence, voy. notamment : Alger, 2 janvier 1908, D. P., 1909-2-69 ; Paris, 26 juillet 1910, D. P. 1912-2-25 et la note de M. Feuilloley ; Besançon, 18 mars 1912, D. 12-2-155.

(2) En faveur du système jurisprudentiel on fournit, il est vrai, des arguments dont nous ne saurions méconnaître la valeur. L'application d'une règle fixe, dit-on, comme par exemple la loi nationale des époux, ainsi qu'on le propose, aboutirait à soumettre à leur loi nationale des gens qui ont quitté leur pays natal depuis leur enfance, qui n'en sont plus rattachés peut-être que par leur lien de natalité, et qui ont été ensuite se fixer de longues années dans un autre Etat, aux usages duquel ils se sont peut-être entièrement conformés au point d'en acquérir la nationalité de fait. Et au point de vue théorique, ajoute-t-on, l'on ne comprend pas trop que le régime matrimonial soit un élément de l'état de la personne, car celui-ci est déterminé par la loi et ne dépend de sa volonté que dans la mesure où il lui est loisible de régler à son gré le régime de ses biens.

Cf. sur tous ces points : Jules Valéry, *Manuel de dr. int. privé*, Toutemoing, Paris, 1914.

arguments qui militent en faveur du système jurisprudentiel, nous croyons qu'il a des inconvénients qui sont au moins aussi grands que ses avantages. D'abord, la fiction de contrat nous paraît invraisemblable, parce que les juges vont être très embarrassés : ils seront obligés de choisir entre trois ou quatre régimes pour découvrir la volonté des époux, ce qui est une tâche bien difficile, pour ne pas dire impossible. Et, en outre, il y a le résultat fâcheux de l'incertitude du régime durant la vie des époux, car ils auront rarement l'occasion de faire trancher eux-mêmes la question devant les tribunaux.

Aussi nous préférons le système nouveau qui rejette la fiction de contrat. En droit international privé comme en droit interne, nous ne pensons pas que « la base des deux communautés, légale et conventionnelle, soit la même, la volonté des parties, volonté expresse dans un cas, volonté présumée dans l'autre » (1), car ne pas faire un contrat exprès, ce n'est pas quoiqu'on dise, faire un contrat tacite, c'est *abdiquer devant la loi.* Boullenois l'avait bien dit au XVIII^e^ siècle : « Je n'ai besoin ni de la convention expresse, ni de la convention présumée ; je tiens de la loi mon état de commun ou de non commun, comme un autre tient d'elle son état de majeur ou de mineur, et cet état importe partout et influe sur tout, comme étant un cas personnel » (2).

Il sera impossible de respecter la volonté des époux quand on ne pourra pas la connaître, et alors il faudra se débarrasser des prétendues volontés tacites et des contrats imaginaires qui encombrent bien inutilement le fondement de la communauté légale et adopter fran-

---

(1) Guillouard, *Contrat de mariage,* 3^e^ édit., t. I, n° 344.

(2) Boullenois, *Traité des statuts personnel et réel,* t. II, ch. V, observ. 29.

chement, pour l'établissement de la situation patrimoniale des époux, une règle fixe, conforme à l'intérêt social. Quelle sera cette règle fixe? M. Renault l'a écrit très justement: « La loi qui organise la famille et régit les rapports personnels de ses membres, règle aussi leurs intérêts pécuniaires; ce règlement n'est pas impératif en ce sens que les parties peuvent lui en substituer un autre, mais il s'impose toutes les fois qu'elles n'ont pas exprimé régulièrement une intention contraire » (1).

Gardons-nous toujours d'imaginer des volontés qui n'existent pas, elles ne peuvent concourir à former des contrats qui, quoiqu'on fasse, resteront toujours de pures fictions objectives.

2° *La cautio usufructuaria moderne*

Le droit réel d'usufruit nous révèle encore une fiction de contrat. Les droits réels de nue propriété et d'usufruit, qui coexistent sur la même chose, étant isolés et absolument indépendants l'un de l'autre, la théorie classique, issue du droit romain, a expliqué l'existence des obligations de l'usufruitier envers le nu-propriétaire par la formation d'un contrat purement fictif entre eux, la *cautio usufructuaria* (2).

Sans doute, à l'origine, le contrat était effectivement conclu; voulant créer au profit du nu-propriétaire un droit personnel de créance envers son usufruitier, le simple droit réel de nue-propriété étant une garantie insuffisante, le préteur romain imposait à l'usufruitier,

---

(1) Renault, *Rev. crit. légis. et jur.*, 1883, p. 729; cf. aussi les divers auteurs cités par Weiss, *Tr. de dr. int. privé*, t. III, p. 550, n° 1.

(2) Cf. par ex., Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2813, p. 877.

Cf. aussi Girard, *Manuel él. de dr. rom.*, 6e édit., Rousseau, 1918, p. 376: « L'Edit du Préteur a mis par là artificiellement à la charge de l'usufruitier une obligation contractuelle ».

avant son entrée en jouissance, *la cautio usufructuaria*, c'est-à-dire l'engagement de jouir en bon père de famille et de restituer à la fin de l'usufruit; et il réussissait à l'y contraindre, car, en cas de refus de sa part, il paralysait l'action confessoire intentée par l'usufruitier pour la délivrance de la chose, au moyen d'une *exceptio doli* (1).

Mais bientôt ce contrat devint une fiction, car il ne fût plus conclu pour la constitution de chaque usufruit; sous le droit romain du Bas Empire, il se trouva réduit à une simple *clause de style* dans toutes les créations d'usufruits, en vertu de laquelle on déclarait et on reconnaissait que la stipulation avait été faite, alors qu'il n'en était rien.

Et enfin, dans notre ancien droit, les parties se dispensèrent même d'écrire un mensonge, *la convention fut sous-entendue*. On affirme qu'il en est de même aujourd'hui et que les obligations qui incombent à l'usufruitier résultent d'un contrat que la loi suppose intervenu entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, et qui cependant n'a jamais été conclu et demeure fictif.

Mais toute cette explication historique des obligations de l'usufruitier par une fiction de contrat nous paraît aujourd'hui insuffisante et d'ailleurs inutile. Il ne faut pas déduire d'une analyse abstraite de la nature juridique de l'usufruit, droit réel, des conséquences rigoureuses; au contraire, il faut prendre pour point de départ l'observation exacte de la réalité, c'est-à-dire aller des faits au droit. La conception du droit d'usufruit purement réel, n'imposant que des obligations passives, est bien conforme à la doctrine individualiste qui ne veut pas que l'individu soit engagé autrement que par sa volonté personnelle; mais, pour satisfaire

---

(1) Digeste, h. t., 12. pr. Et, pour l'ensemble de la question, voy. notamment Fr. Girard, *Man. él. de dr. rom.*, 6e édit., 1918, p. 375-377.

de la meilleure manière possible le besoin de la jouissance d'une chose à concéder à une personne, sans que le bien sorte définitivement des mains du propriétaire, et tout en assurant la meilleure conservation de cette chose pour éviter des déperditions économiques, il est bon qu'il y ait des obligations réciproques à la charge des deux parties. Aussi faudrait-il compléter la théorie classique de l'usufruit en mêlant de droits personnels, basés sur l'interdépendance des hommes, les deux droits réels juxtaposés, et, puisque l'usufruitier a des obligations envers le nu-propriétaire, il faudrait mettre à la charge du nu-propriétaire des obligations envers l'usufruitier (1).

Encore une fois, au contrat fictif nous préférons l'explication pure et simple par l'équité, car la fiction est contraire à la réalité; il est inutile de supposer que les choses se passent comme si l'usufruitier avait conclu un contrat avec le nu-propriétaire, quand le contrat de constitution d'usufruit peut engendrer des obligations légales.

3° *Les Contrats Réels*

Les contrats réels, tels que le dépôt, le gage et le commodat (2), ont été appelés synallagmatiques imparfaits parce qu'ils sont unilatéraux lors de leur formation, n'engendrant d'obligation, celle de restituer, qu'à la charge de l'une des parties, et peuvent devenir véritablement synallagmatiques lorsque plus tard naissent à la charge de l'autre partie des obligations accessoires, celles d'indemniser des dépenses extraordinaires et des vices de la chose.

---

(1) M. le professeur Morin à son cours.

(2) Le prêt à consommation est bien aussi un contrat réel, mais il diffère des trois autres en ce qu'il n'oblige pas à rendre la chose elle-même, mais une chose du même genre, et n'engendre qu'une obligation principale.

Or, la doctrine individualiste a voulu voir la source de toutes ces obligations également dans la volonté commune et tacite des contractants; et cette conception nous paraît encore inexacte.

L'obligation accessoire, bien que sanctionnée à Rome par l'action du contrat, ne naît pas du contrat lui-même, car elle dérive d'un fait accidentel postérieur et indépendant de la convention (1). Elle nous semble reposer, avec beaucoup de raison, sur le grand principe qui veut que l'on ne s'enrichisse pas injustement aux dépens d'autrui, parce que les actions en remboursement des impenses effectuées et en indemnité pour les dommages subis subsisteraient en l'absence de tout contrat ou en présence d'un contrat annulé. N'est-il pas vrai, par exemple, qu'elles existent au profit du tiers détenteur du bien d'autrui qui se trouve évincé par une revendication? (2)

Il y a plus, l'*obligation principale elle-même,* celle de restituer à la fin du contrat, ne nous paraît pas avoir davantage son fondement dans un contrat. Les volontés seules sont impuissantes à la faire naître, car le dépositaire, le commodataire, le créancier gagiste, ne pourront jamais se trouver obligés de rendre l'objet du contrat tant qu'ils ne l'auront pas reçu. La tradition de la res constitue l'origine préconventionnelle de l'obligation principale, l'élément essentiel sans lequel les volontés ne peuvent rien, mais qui cependant suffit à la formation du contrat, bien que l'existence d'un *instrumentum* facilite beaucoup l'établissement de la preuve (3).

---

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 950.

(2) Cf. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Rousseau, 1900, p. 458.

(3) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 995 et 996, et Dereux, in *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1902, p. 108 qui montre que l'obligation de rendre, basée sur une promesse sous-entendue, repose manifestement sur un cercle vicieux.

C'est donc le principe supérieur de justice objective d'après lequel on doit rendre à chacun ce qui lui appartient, qui explique même l'obligation principale dérivant des contrats réels, en dehors de tout contrat qui ne peut être que fictif (1).

4° *Le droit de rétention*

Nous retrouvons dans le droit de rétention le même abus de l'explication contractuelle. Si l'on est généralement d'accord (2) pour étendre l'application du droit de rétention à d'autres cas que ceux visés expressément par les textes, en considérant que ceux-ci n'instituent pas un régime d'exception et de privilège, mais, au contraire, sont la consécration d'une idée générale que doit dégager l'interprète, l'on sait que, pour certains auteurs (3), le droit de rétention ne devrait être reconnu et admis que dans les cas où la chose se trouverait détenue à la suite d'un *rapport antérieur, contractuel ou quasi-contractuel,* entre les parties. C'est l'application de l'*exceptio non adimpleti contractus,* qui donne, outre le droit de faire résoudre le contrat pour répéter ce qui a été livré, celui de refuser provisoirement l'exécution de l'obligation consentie (4).

Or, cette opinion, qui a l'inconvénient de restreindre l'extension du droit de rétention et d'en rendre l'application impossible dans une des hypothèses les plus inté-

---

(1) C'est sur des considérables semblables d'équité que repose l'explication du *paiement,* puisque, comme dans le mutuum, c'est la res, c'est-à-dire la prestation effectuée, et non le concours de volontés, qui est l'élément essentiel; et que repose aussi le *paiement de l'indû* pour ceux qui rejettent le quasi-contrat et veulent que celui qui reçoit à tort une chose doit la rendre par cela seul qu'il ne doit pas s'enrichir injustement. (Voy. Planiol, *op. cit.,* t. II, n° 836.)

(2) C'est l'opinion de tous les partisans de l'extension du droit de rétention.

(3) Voy. notamment MM. Aubry et Rau, *op. cit.,* § 219, texte et n. 40.

(4) Cf. Planiol, *op. cit.,* t. II, n° 2520.

ressantes, celles de la construction sur le terrain d'autrui (art. 555 du C. civil), où il existait traditionnellement à Rome et dans notre ancien droit, nous paraît inexacte parce qu'elle est fondée sur un contrat ou un quasi-contrat. La jurisprudence et la majorité des auteurs, avec beaucoup plus de raison, selon nous, se contentent de l'existence d'une *corrélation entre la chose retenue et la créance garantie,* qui est la condition traditionnelle que l'on a appelée le *debitum cum re junctum* (1).

Il nous semble, en effet, qu'en l'absence de tout texte impératif du Code, le juge ne doit pas, ici plus qu'ailleurs, vouloir s'acharner à rattacher partout le droit à des volontés et à des contrats, mais s'inspirer encore une fois des principes généraux d'équité, ce qui lui permet d'admettre le droit de rétention d'une façon plus large, comme à Rome *l'exceptio doli* sous la forme de laquelle le droit de rétention a apparu.

5° *Le Gage Tacite du Bailleur d'Immeubles*

On considère comme constituant un contrat tacite le prétendu gage sur lequel on fonde habituellement le privilège du bailleur d'immeubles (2) institué par l'article 2102 al. 1 du Code civil. Mais si les meubles et tous objets garnissant les lieux loués, ou affectés à l'exploitation de la ferme servent de gage au bailleur, sans convention préalable, pour garantir le paiement des loyers et fermages, ainsi que de toutes charges accessoires du bail, est-ce bien parce que les locataires et les fermiers

---

(1) On l'appelait au xv[e] siècle « *causas retinendi cohærentes ipsi rei* »; Cf. Garsias, *De expensis et meliorationibus*, cap. I, n° 16, édit de 1614, p. 9 et 10.

(2) Comp. Ch. Beudant, *Les sûretés personnelles et réelles*, t. I, Paris, Rousseau, 1900, p. 376, n° 43 *in fine;* et Colin et Capitant, *Cours él. de dr. civ. fran.*, t. II, 2[e] édit., Paris, Dalloz, 1920, p. 803 et 813.

l'ont voulu ou sont censés l'avoir voulu? Et ne serait-ce pas plutôt *uniquement parce qu'on ne comprendrait pas qu'il pût en être autrement?* (1)

Bon nombre de locataires, en effet, méconnaissent certainement l'étendue de ce gage tacite et seraient même bien étonnés si on allait leur révéler l'existence d'un tel contrat fictif. Celui-ci, en outre, est tout à fait inexplicable pour tous les locataires de mauvaise foi qui, par un déménagement furtif, ont l'intention de soustraire à leur bailleur toute garantie; et le législateur n'en a-t-il pas eu conscience puisqu'il a prévu une procédure spéciale pour parer à cet inconvénient: la saisie-gagerie et la saisie-exécution?

Aussi croyons-nous qu'il faut dire ici encore: cela est ainsi parce que c'est juste et non parce que cela a été voulu.

6° *Le maintien de l'hypothèque légale de la femme mariée dans le retour conventionnel*

On a voulu voir un contrat tacite de garantie dans l'affectation hypothécaire subsidiaire des biens donnés au mari par contrat de mariage, à la sûreté de certaines créances de la femme mariée (2) (paiement de la dot et exécution des conventions matrimoniales), quand les autres biens du mari ne sont pas suffisants pour désintéresser la femme (art. 952 du C. civil). On présume que la volonté du donateur a été d'affecter les biens donnés au profit de la femme et que celle-ci aurait accepté ce supplément de garantie.

Mais n'est-il pas plus facile et plus vraisemblable,

---

(1) On pourrait d'ailleurs, dans une large mesure, en dire autant des deux autres privilèges mobiliers spéciaux, celui de l'aubergiste et celui du voiturier, consacrés par l'art. 2102 du C. c.

(2) Cf. Perreau E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé, op. cit.*, t. I, p. 339.

au lieu de construire des volontés et des contrats tacites, de reconnaître que l'exception apportée au principe de la résolution des droits réels par le retour conventionnel est fondée sur une raison d'équité? *N'est-il pas tout simplement naturel et juste* que les immeubles donnés au mari par contrat de mariage soient en tout premier lieu affectés à la garantie des créances qu'engendre ce même contrat de mariage au profit de la femme contre son mari, quand les autres biens de celui-ci sont insuffisants? Cette explication du texte si net de l'article 952 du Code civil nous paraît suffisante, sans qu'il soit besoin de s'ingénier à en fournir une interprétation plus compliquée.

7° *La Pétition d'Hérédité*

C'est en vertu d'une sorte de mandat tacite, ou de gestion d'affaires que Demolombe a essayé d'expliquer les pouvoirs de l'héritier apparent de disposer des biens successoraux et de faire des aliénations opposables à l'héritier véritable. Dans cette conception, l'héritier apparent est considéré comme exécutant la volonté du vrai propriétaire et il agit en son nom comme représentant.

Mais cette construction de Demolombe (1) est aujourd'hui entièrement abandonnée, et la jurisprudence, à juste titre, admet la validité des aliénations à titre onéreux consenties par l'héritier apparent et la fonde directement sur des *raisons d'équité et d'utilité sociale.* Il n'est pas juste que soit annulé l'acte par lequel l'héritier apparent, ayant des titres sérieux à la possession de l'hérédité, a fait vente à un acquéreur de bonne

(1) Pour le système de Demolombe, cf. *Rev. crit.*, 1902, p. 20, et *Cours de Code civil*, t. II, n° 232 à 258.

foi (1). « L'équité, ont écrit MM. Aubry et Rau, veut que celui qui a cédé à une erreur invincible ne devienne pas victime de sa bonne foi, et que, si une perte est à supporter, elle le soit plutôt par l'héritier négligent que par un acquéreur qui n'a aucune faute à se reprocher » (2) Et c'est la maxime traditionnelle « *Error communis facit jus* » (3) qui corrobore cet argument d'équité et qui constitue, avec les nécessités du crédit et de la stabilité des transactions et des relations d'affaires, le fondement juridique de cette jurisprudence.

Sans doute, on a bien essayé aussi de trouver un texte pour justifier cette solution et on a voulu tirer un argument d'analogie de l'art. 132, au titre de l'absence, d'après lequel l'absent qui reparaît après l'envoi en possession de ses héritiers présomptifs est obligé de respecter toutes aliénations et constitutions de droits réels consenties par eux. Mais c'est en vain que l'on cherche à rattacher la solution à des textes existants. M. Planiol lui-même a reconnu qu'il n'y en avait pas: « Il faut déclarer hardiment, a-t-il dit, que la loi doit fléchir devant un principe supérieur d'équité et de justice: la bonne foi des acquéreurs, l'erreur invincible dans laquelle ils sont tombés doit les protéger contre toute action » (4).

---

(1) Cf. les arrêts Cour Cass., 4 août 1867, D. 67-1-75 et S. 67-1-161; 3 juillet 1877, D. 77-1-429 et S. 78-1-38; 13 mai 1879, D. 79-1-417 et S. 80-1-26; 4 août 1885, D. 86-1-310 et S. 86-1-120; Cass., 26 janvier 1897, Pandectes françaises périod., 1901-1-209 avec la note de J. Charmont.

(2) Cf. Aubry et Rau, VI, § 616, note 32.

(3) Cf. Demogue, *Traité des obligations en général, op. cit.*, p. 465-466, n° 284.

(4) Planiol, *Tr. él. de dr. civ., op. cit.*, t. III, n° 2060, p. 456. En ce sens, Gény, *Sc. et Tech.*, t. III, n° 220, p. 200-201. Comp. L. Crémieu, « De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent », in *Rev. trim. de dr. civil*, 1910, t. IX, p. 40-82. Voy. aussi, Perreau E.-H, *Tech. de la jurisprudence en droit privé, op. cit.*, 1923, t. II, p. 55.

8° *La Représentation*

Ce sont enfin des contrats de mandat tacite plus ou moins caractérisés que l'on a voulu placer à la base d'un grand nombre de solutions que l'on explique traditionnellement par la seule idée de représentation. Nous faisons allusion à la plupart des situations réglementées par le Code civil et les divers Codes, où en général plusieurs personnes se trouvent dans une situation identique vis-à-vis d'un même débiteur ou d'un même créancier, et ont des intérêts de même ordre à sauvegarder et à défendre. M. Demogue a étudié, à titre d'exemples, la solidarité, l'indivisibilité, l'action paulienne, l'action oblique, l'action en déclaration de simulation, la saisie immobilière, la saisie-exécution, les procédures de contribution et d'ordre, la faillite et le concordat (1).

Les doctrinaires classiques, toujours fidèles à leur idéal en vertu duquel l'individu qui n'a exprimé aucune volonté ne peut être soumis à aucune obligation, ont absolument voulu expliquer toutes les situations où en fait une personne fait naître des rapports d'obligations entre elle et un tiers sans la volonté de celui-ci, par *un soi-disant mandat* entre les intéressés d'une même affaire, conclu à l'effet de se représenter les uns les autres.

Or, ne serait-il pas plus vraisemblable de reconnaître que ces diverses solutions sont tout simplement la manifestation dans le Code civil lui-même et, malgré les principes individualistes dont il est imbu, d'*une certaine interdépendance des individus* qui peuvent par leur volonté faire naître des droits ou des obligations

(1) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 500 et suiv. Voy. aussi sur la théorie générale de la représentation, Demogue, *Traité des obligations en général*, 1923, I, t. I, p. 173-252, n° 89-156.

chez leurs semblables pour la réalisation de fins d'ordre collectif et conformes au bien commun? N'est-ce pas d'ailleurs une consécration des principes de justice objective, et en même temps d'interdépendance que la possibilité d'obliger autrui qui résulte d'un certain nombre d'articles du Code civil lui-même? L'article 555 relatif aux constructions et plantations sur le terrain d'autrui, les articles 1372 et suivants pour la gestion d'affaires, les articles 1241, 1312 et 1926 relatifs à l'enrichissement réalisé par l'incapable qui a contracté, l'article 1437 établissant les récompenses sous le régime de la communauté, l'article 1673 à propos du pacte de rachat qui entraîne parfois certaines indemnisations? (1) Et ne serait-il pas permis de reconnaître en conséquence que le droit peut, et même doit dans une certaine mesure, admettre et consacrer la notion d'interdépendance des individus?

C'est ce que nous nous croyons autorisés à penser, et nous adhérons pleinement à la doctrine de M. Demogue que nous croyons utile de rappeler en terminant: « La conception individualiste est battue en brèche, elle le sera probablement encore plus, une idée pénètrera: l'interdépendance des individus, idée redoutable, bien qu'un peu voisine de celles à la mode de solidarité et dont je me garderai bien de souhaiter l'avènement complet. Mais, comme l'idée individualiste qu'a consacrée implicitement le Code civil, elle a aussi son bon côté, elle favorise de puissants intérêts collectifs, elle facilite les rapports sociaux, en dispensant d'obtenir des adhésions. C'est au législateur comme au juge à s'avancer prudemment dans cette voie, non pas en brandissant des formules, mais en examinant le terrain où entrent en lutte différents des grands principes que

(1) Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé, op. cit.*, p. 482 et suiv.

nous avons mis en vedette et auxquels on ne peut espérer toujours donner simultanément satisfaction » (1).

*
**

Les diverses hypothèses que nous venons de rappeler dans lesquelles on a vu des contrats plus ou moins tacites, — et ce ne sont d'ailleurs pas les seules, — sont certainement assez nombreuses pour qu'il soit inutile d'en allonger démesurément la liste.

Le moins qu'on puisse dire, c'est que la fiction de contrat, comme la plupart des constructions juridiques, n'est qu'une traduction imparfaite des diverses situations auxquelles on a voulu l'adapter. En réalité, dans le droit du patrimoine comme dans le droit de la famille, on a donné un développement trop prodigieux aux volontés tacites ou implicites, « *en poussant la recherche de ces volontés jusqu'à un point où elle devient véritablement divinatoire* » (2) ; on a fait un emploi abusif du contrat, en l'étendant à l'excès par le moyen de la fiction. N'a-t-on pas été même jusqu'à expliquer le principe de la succession testamentaire par un contrat? (3)

Il se peut que, malgré son esprit individualiste, le législateur de 1804 n'ait pas toujours vu lui-même des contrats dans toutes les situations que nous avons énumérées et celles que nous avons omises, et que, pour lui, la fiction ait été parfois inconsciente, comme l'était pour M. Jourdain la prose qu'il faisait sans le savoir. Il a alors consacré des solutions dont l'interprète a pu dire par la suite qu'elles s'expliquaient par des fictions de contrats, et l'inconvénient peut alors paraître moin-

(1) Demogue, *ibid.*, p. 498.

(2) Demogue, *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, I, t. I, p. 83, n° 27.

(3) Cf. Kant, *Doctrine du Droit*, trad. Barni, p. 138-140.

dre que lorsqu'il a établi lui-même et directement les fictions (1) ; mais l'inconvénient n'en existe pas moins.

Sans doute aussi, M. Planiol objecte-t-il que « l'explication théorique d'une institution juridique peut apparaître après coup et quand l'œuvre est construite ; si l'idée est conforme aux conséquences, si elle explique les solutions données par la loi positive, pourquoi ne pas l'accepter ? » (2) Et cependant, nous pensons qu'il y a danger à user des explications purement théoriques, toutes en logique, qui tendent à voiler le véritable caractère des institutions, habituent à les voir sous un jour plus ou moins faux et font perdre de vue leur juste fondement ; l'esprit, naturellement rationaliste, a trop de tendance à prendre les représentations purement schématiques des choses pour leur véritable justification, et la pratique trop plongée dans la technique pure l'éloigne de la vie du monde réel.

Aussi, pensons-nous que l'interprète doit adopter des explications plus franches, conformes à la vie du droit et basées sur la réalité. Et, une fois de plus, nous conclurons que, en l'absence de tout contrat véritable, on doit éviter de toujours poser en principe qu'il faut imaginer des simili-contrats ; il faut rechercher simplement ce que commande l'équité et la justice sociale, comme le veut le Code civil lui-même dans son article 1135 beaucoup trop méconnu.

---

(1) Comp. Demogue, *op. cit.*, p. 248-249.

(2) Planiol, *Tr. él. de dr. civ., op. cit.*, t. II, n° 753, p. 235, à propos des effets secondaires de la solidarité.

CHAPITRE DEUXIÈME

Les Fictions de contrats spéciaux depuis le Code civil

Ce n'est pas seulement dans l'exégèse du Code civil que l'on rencontre des fictions de contrats ; la fiction est un procédé de tous les temps et de tous les pays, et il est intéressant de rechercher le rôle que la fiction de contrat a joué depuis le Code : dans les lois postérieures, dans la jurisprudence et la doctrine, dans les idées nouvelles et les projets de réforme qu'elle a inspirés. Cette étude fera l'objet des trois sections suivantes.

SECTION I

DANS LES LOIS POSTERIEURES AU CODE CIVIL

Diverses lois postérieures à notre Code civil sont venues consacrer ce principe que l'on peut être lié sans avoir consenti, que certaines personnes qui ont voulu rester en dehors d'un contrat ne sont pas pour cela étrangères aux obligations qu'il a créées et privées des droits qu'il a fait naître. Alors, l'accord des volontés n'a pas besoin d'être unanime, c'est la volonté de la majorité qui fait la loi ; *la loi de la majorité est substituée à la loi de l'unanimité.* Il en résulte des exceptions remarquables que l'on appelle d'un nom général, les « *Conventions collectives* ». Il est, en effet, des contrats qui risqueraient de ne jamais être conclus, s'il fallait absolument obtenir l'assentiment de tous les intéressés, contrats qui présentent cependant un intérêt supérieur, une sorte d'intérêt public et pour lesquels il doit être permis de méconnaître l'opposition souvent irréfléchie de quelques récalcitrants qui feraient tout échouer. Ceux-ci sont liés par des contrats auxquels ils n'ont

pas adhéré, car ces contrats sont formés par des volontés collectives qui remplacent les sommes de toutes les volontés individuelles (1).

Cependant, ces sortes de contrats peuvent mettre les opposants à l'état d'infériorité et même dans une situation mauvaise qu'ils avaient voulu éviter; aussi, la loi elle-même, qui les permet dans l'intérêt général de la collectivité, doit-elle établir une réglementation et veiller à prévenir les excès de pouvoir des plus forts tout en sauvegardant les intérêts des plus faibles. Et, comme il est particulièrement grave d'obliger des gens malgré eux, elle doit exiger que la majorité qui impose sa volonté à la minorité soit une majorité importante. En somme, tout en créant la fiction de contrat, la loi doit en délimiter elle-même l'étendue et en prévenir les excès.

La plupart de ces conventions nouvelles (2), qui ont apparu au cours du XIX^e^ siècle, émanent de certains groupements auxquels le législateur a donné naissance et constituent autant d'exceptions au droit commun individualiste. Nous verrons plus loin que ces exceptions vont se multipliant et qu'à la conception purement contractuelle tend à se substituer une nouvelle conception organique et corporative basée sur la solidarité.

Les contrats collectifs, véritables lois des majorités, se rencontrent non seulement dans les sociétés et les associations qui peuvent par elles-mêmes constituer des personnalités morales, mais aussi dans d'autres groupements de personnes qui, sans constituer une société ou

---

(1) Cf. Planiol, *Traité élém. de dr. civil*, t. II, n° 946, p. 317 « Contrats Collectifs ».

(2) Les contrats collectifs dont nous allons parler n'intéressent que les membres d'un même groupement, à la différence des contrats collectifs de travail, dont il sera question plus loin, et qui ont pour objet des conventions unissant entre eux deux ou plusieurs groupes.

une association, ont des intérêts communs qu'ils ne peuvent satisfaire qu'en passant outre à la volonté des minorités.

Et, pour préciser davantage, nous dirons qu'ils émanent: d'une part, du groupement des actionnaires dans les sociétés par actions, réunis en assemblées générales constitutives, ordinaires et extraordinaires; et, d'autre part, du groupement des créanciers d'un débiteur en état de faillite ou de liquidation judiciaire qui décident le concordat et même qui accordent le règlement transactionnel, du groupement des propriétaires syndiqués pour l'exécution de travaux d'utilité commune et par exemple pour le remembrement de la propriété rurale, et enfin du groupement des citoyens constituant, en droit public, le corps électoral qui confère aux élus leurs pouvoirs (1).

Nous aurons ainsi à examiner quatre grandes sortes de fictions de contrats, dont deux en droit commercial et deux en droit public et administratif, qui toutes consacrent la loi de la majorité; nous étudierons donc successivement: les sociétés par actions, les faillites et les liquidations judiciaires, les associations syndicales autorisées et les contrats électoraux.

§ 1. — LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Les diverses assemblées générales, constitutives, ordinaires et extraordinaires, des sociétés par actions sous leurs deux formes anonyme et en commandite, nous révèlent des fictions de contrats reposant sur la loi de la majorité, que nous allons essayer de rappeler brièvement.

---

(1) Cons. Planiol, *Traité él. dr. civ.*, t. II, 7e édit., 1917, n° 946, p. 317; Colin et Capitant, *Cours él. de dr. civ.*, t. II, 2e édit., 1915, p. 275-276, et surtout G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, *op. cit.*, p. 151 et suiv.

1° *Les assemblées générales, constitutives et ordinaires, d'actionnaires*

La loi de la majorité s'est manifestée, en tout premier lieu, dans le fonctionnement des assemblées générales constitutives et ordinaires d'actionnaires, réglé par la loi du 24 juillet 1867. A cause de l'impossibilité toute naturelle d'obtenir la présence de tous les actionnaires aux assemblées générales, le législateur avait à déterminer à la fois la proportion du capital social qui doit être représenté par les actionnaires présents pour la validité des délibérations (question du quorum), et le nombre d'actionnaires qui doit former la majorité pour que les délibérations soient obligatoires pour tous Par la loi du 24 juillet 1867 (art. 27 et 28) il a résolu ces questions en grande partie pour les sociétés anonymes, mais d'une façon assez incomplète pour les commandites par actions.

Les assemblées générales constitutives, celles qui sont réunies au début de la société pour arrêter sa constitution définitive, doivent être composées, dans les sociétés anonymes, d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, et, si ce quorum n'est pas atteint, la délibération prise n'est que provisoire; elle deviendra définitive, si elle est approuvée par une nouvelle assemblée convoquée dans les délais légaux, et composée d'un nombre d'actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social (1). En outre, et bien qu'aucun texte n'exige expressément de majorité spéciale, la jurisprudence et la plupart des auteurs appliquent à ces sociétés la solution donnée par la loi pour les sociétés en commandite par actions, en vertu de laquelle il faut que la majorité comprenne au moins le quart des actionnaires et représente le quart du capi-

(1) Article 30 de la loi du 24 juillet 1867.

tal en numéraire. Les assemblées constitutives des sociétés en commandite par actions, en effet, sont régies uniquement par l'article 4 de la loi de 1867 aux termes duquel « les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents et cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire ».

Les assemblées générales ordinaires, celles qui se réunissent annuellement pour recevoir et approuver les comptes des administrateurs (1) et fixer les dividendes à distribuer aux actionnaires, doivent être composées, dans les sociétés anonymes, d'un nombre d'actionnaires représentant le quart du capital social, mais, si elles ne réunissent pas ce nombre, les nouvelles assemblées convoquées délibèrent valablement quelle que soit la portion du capital représentée par les actionnaires présents (2). Et les délibérations sont prises à la majorité des voix des membres présents ou dûment représentés (3). Au contraire, dans les sociétés en commandite par actions, aucun texte ne fixant le quorum, les statuts peuvent le déterminer librement, et même permettre de délibérer valablement quelque faible que soit la portion du capital représentée, ce qui s'explique sans doute, dans une certaine mesure, par l'importance moins grande des assemblées générales dans ces sociétés.

Voilà donc une première série de solutions légales faisant prévaloir la loi de majorités diverses sur des

---

(1) Voy. le cas suivant, signalé par M. Demogue dans les *Notions fond. de dr. privé*, p. 505, où la majorité de l'assemblée ordinaire des créanciers donne quitus aux administrateurs et fait ainsi un acte éteignant l'action personnelle de chacun. Comp. Thaller, *Dr. com.*, 3e éd., p. 357; Lyon-Caen et Renault, *Dr. Com.*, 3e édit., t. II, n° 827, p. 706, et Paris, 13 janvier 1899, *La Loi*, 9 février 1899.

(2) Loi du 24 juillet 1867, art. 29.

(3) Même loi, art. 28.

minorités pouvant être parfois assez étendues; mais ce ne sont ni les seules ni nécessairement les plus importantes, comme on va le voir.

2° *Les Assemblées générales extraordinaires d'actionnaires*

On sait que, dans les sociétés par actions, le rôle des assemblées extraordinaires est de prendre des mesures exceptionnelles consistant généralement dans des *modifications aux statuts*. La loi du 24 juillet 1867 n'avait absolument rien dit quant aux conditions dans lesquelles pourraient être faites ces modifications. Et, en l'absence de textes, la jurisprudence, considérant les statuts comme constituant un contrat passé par tous les actionnaires, les faisait entrer logiquement dans le cadre du contrat-loi des parties, par une fidèle et stricte application de l'article 1134 du Code civil, et en concluait qu'ils ne pouvaient être modifiés que si les mêmes conditions exigées pour leur élaboration se trouvaient réunies : il fallait l'unanimité des membres de la société.

Poussée cependant par les faits et par l'instabilité économique croissante, la jurisprudence finit par se rendre compte de ce qu'il y avait d'excessif à exiger toujours une unanimité qu'il était souvent bien difficile d'obtenir, et comprit l'utilité de mettre un peu de souplesse dans le jeu des sociétés qui se trouvaient enchaînées et incapables de réaliser de sérieux progrès. Comme l'a écrit M. Thaller, « le commerce insiste pour que les pouvoirs de l'assemblée soient de plus en plus élargis, car l'appropriation des statuts à des circonstances économiques nouvelles s'impose, sous peine pour la société d'être obligée de liquider » (1). Aussi, par un arrêt du

(1) Thaller, *Traité élém. de dr. com.*, 3e édit., p. 371. Voy. aussi Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 258 :« On comprend que l'accord unanime des volontés pour les actes importants concernant la vie du

30 mai 1893 (1), la Cour suprême apporta un tempérament important à l'article 1134 dont elle se réclamait jusque là, et permit à la majorité des actionnaires de modifier le pacte initial de la société dans ses dispositions secondaires, tout en maintenant d'ailleurs la nécessité du consentement unanime pour en modifier les dispositions essentielles comme par exemple celles relatives à la forme, à l'objet et à la nationalité de la société.

La loi du 22 novembre 1913 (2) est venue heureusement consacrer cette jurisprudence et mettre un terme aux controverses qu'avait soulevée la distinction des clauses essentielles et ds clauses accessoires; elle a ainsi comblé la lacune de la loi de 1867 (3). Elle a permis à la majorité des actionnaires, réunis en assemblée extraordinaire, toutes modifications aux statuts à une double condition: qu'elles ne touchent pas à la nationalité de la société ni aux engagements des actionnaires qui constituent le fondement même du pacte social et ne peuvent être laissés à la merci d'une majorité, si forte soit elle, car la société se trouverait dénaturée; et aussi à la condition qu'elles ne touchent pas non plus aux dispositions que, dans les statuts mêmes, les parties se sont interdites de modifier, car cette convention prohibitive insérée dans le pacte social conserve la force de l'article 1134.

---

groupement soit chose impossible à obtenir. Il est donc nécessaire de faire échec à la règle et d'imposer à la minorité l'obligation de suivre l'avis de la majorité. »

(1) Cass., 30 mai 1893, D. 1893-1-105, avec la note de M. Thaller, affirmant que « modifier les statuts, ce n'est pas rompre un contrat, mais perfectionner un organisme ».

(2) La loi du 22 novembre 1913 a été insérée dans l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 qu'elle a modifié.

(3) Sur le point de savoir si les dispositions du nouvel article 31 de la loi du 24 juillet 1867 sont applicables aux sociétés en commandite par actions et dans quelle mesure, voy. Lyon-Caen et Renault, *Man. de dr. com.*, n° 306 d, IV, p. 273-274.

La majorité requise doit être des deux tiers des voix des actionnaires dans tous les cas; mais le quorum est variable et doit être d'autant plus fort que les modifications sont plus importantes. Pour tout changement à apporter à l'objet et à la forme de la société, l'assemblée doit réunir un nombre d'actionnaires représentant au moins les trois quarts du capital social; tandis que, pour toutes les autres modifications moins conséquentes, la loi a prévu une échelle descendante de quorum: si l'on ne réunit pas les trois quarts des actionnaires à la première assemblée générale, on se contentera d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social à la deuxième assemblée, ou le tiers à la troisième assemblée.

Ainsi donc, les lois de 1867 et de 1913 permettent aux assemblées générales d'actionnaires de prendre des délibérations valables et exécutoires, sans que la totalité du capital social soit représentée par les actionnaires présents, et à des majorités variables suivant les cas (1).

§ 2. — LES FAILLITES ET LES LIQUIDATIONS JUDICIAIRES

Le droit commercial nous fournit encore, dans le règlement de faveur des Faillites et des Liquidations

---

(1) Voy. encore une application de la loi de la majorité dans les délibérations que peuvent prendre les assemblées générales d'actionnaires, ordinaires et extraordinaires, pour constituer en dehors des réserves légales et statutaires, des réserves non prévues par les statuts au moyen de prélèvements sur les bénéfices disponibles; délibérations qui sont opposables à tous les actionnaires, unis entre eux par une étroite solidarité, mais non aux porteurs de parts et aux administrateurs qui sont unis à la société par les liens contractuels de l'art. 1134 du Code civil. Cons. G. Morin, *De la constitution de réserves non statutaires dans les sociétés anonymes par délibération de l'assemblée générale des actionnaires*, extrait des *Annales de droit commercial étranger et international*, 1908, n° 5, Paris, Rousseau, 1908.

judiciaires, de nouvelles applications de la loi de la majorité; nous les rencontrons dans la procédure de droit commun du concordat, et dans la procédure exceptionnelle et temporaire du règlement transactionnel.

1° *Le Concordat*

Il peut paraître surprenant au premier abord de parler de loi de la majorité dans les faillites et les liquidations judiciaire, où le Code de commerce et les lois du 28 mai 1838 et du 4 mars 1889 ont organisé une liquidation collective du patrimoine du débiteur et établi l'égalité la plus stricte entre tous les créanciers, à la différence de la déconfiture des non-commerçants, où le paiement est le prix de la course, c'est-à-dire où le plus diligent, souvent même le plus rusé des créanciers se fait désintéresser au détriment des plus éloignés et des plus scrupuleux, grâce à la possibilité de la poursuite individuelle.

Et cependant le concordat est bien, en vertu des lois précitées, une application de la loi de la majorité. Quand les créanciers, espérant le retour à meilleure fortune de leur débiteur, veulent éviter l'union dans laquelle ils se trouvent de plein droit et doivent alors faire procéder à la vente des biens du failli, ils peuvent accorder à celui-ci le concordat, c'est-à-dire consentir à mettre fin à sa faillite et à le replacer à la tête de ses affaires moyennant l'engagement qu'il prend de payer des dividendes dans un délai déterminé. Il y aura paiement partiel et différé de ses dettes (1).

Or, le concordat n'exige pas l'unanimité des consentements des créanciers, *il suffit qu'il se forme une dou-*

(1) Voy. aussi pour le pouvoir qu'a chaque créancier de représenter les autres, en exécutant les actes conservatoires: Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. com.*, t. VII, n° 227; Thaller et Percerou, *Faillites*, t. I, n° 516.

ble majorité: majorité en nombre, représentant la moitié plus un des créanciers, et majorité en intérêts, représentant les deux tiers des créances (1); et, en outre, qu'il n'y ait pas eu banqueroute frauduleuse et que le tribunal de commerce ait donné son adhésion par son homologation.

La loi facilite d'ailleurs le concordat, en interprétant comme un maintien de leur vote antérieur en faveur du concordat, le silence des créanciers qui ne se sont pas dérangés pour assister à la deuxième réunion tenue dans la huitaine, quand la première n'a vu se former qu'une seule des deux majorités (2).

2° *Le Règlement transactionnel*

Bien plus, la loi du 2 juillet 1919 relative à l'institution d'un règlement transactionnel, pour cause générale de guerre, entre les commerçants et leurs créanciers, a aggravé en quelque sorte la fiction de contrat, en décidant que la réunion des deux majorités requises par la loi du 4 mars 1889 (alinéa 1er de l'article 15) ne serait plus nécessaire.

La guerre ayant apporté dans le commerce des troubles considérables, il était, en effet, devenu équitable de créer un régime de faveur au profit des commerçants de guerre pour leur permettre de liquider leurs affaires en dehors des procédures de droit commun, faillites et même liquidations judiciaires. Aussi la loi du 2 juillet 1919, dans son article 12 (cinquième alinéa) décidait-elle que « si le règlement proposé par le débiteur a réuni les acceptations des créanciers représentant en nombre ou en sommes l'une des majorités requises par

---

(1) Le Code de 1807 et la loi du 28 mai 1838 exigeaient une majorité des trois quarts; c'est la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire qui a réduit la majorité des trois quarts aux deux tiers.

(2) Loi du 28 mars 1906.

l'article 15 de la loi du 4 mars 1889, le projet de règlement est soumis au tribunal par le juge délégué, avec son avis motivé, l'état des adhésions explicites ou tacites des refus, et toutes pièces produites par les créanciers opposants ». Ainsi donc l'une des majorités, soit des deux tiers des créances, soit de la moitié plus un des créanciers, suffisait pour l'admission du règlement transactionnel.

Et, d'autre part, dans son titre deuxième contenant des *dispositions spéciales relatives aux sociétés,* la loi du 2 juillet 1919 disposait à l'article 26 (premier alinéa) que « l'assemblée ne peut délibérer valablement que si elle est composée d'un nombre d'obligataires représentant les deux tiers au moins des obligations émises et non éteintes, déduction faite des obligations qui sont en possession de la société provenant du rachat, amortissement, non attribution, quoique créées matériellement ou de toutes autres opérations »; et elle ajoutait, au troisième alinéa du même article, que « le règlement transactionnel ne peut être voté qu'à la majorité représentant plus de la moitié des obligations émises et non éteintes ». Mais on sait que la loi du 28 avril 1922 a modifié cet article en abrogeant purement et simplement la première disposition, d'où il résulte que la majorité représentant plus de la moitié des obligations émises et non éteintes suffit désormais.

Les majorités requises ne sont donc pas toujours les mêmes: pour le concordat, il faut réunir les deux sortes de majorités, deux tiers des créances et moitié plus un des créanciers; pour le règlement transactionnel des commerçants, une seule quelconque des deux majorités suffit; pour le règlement transactionnel applicable aux sociétés, nous venons de le dire, la majorité représentant plus de la moitié des obligations émises et non éteintes suffit désormais.

Telles sont les situations que nous révèle le droit com-

mercial, où la majorité fait à elle seule le contrat et où, par voie de conséquence, un certain nombre de personnes se trouvent engagées tout comme si elles avaient elles-mêmes contracté.

§ 3. — LES ASSOCIATIONS SYNDICALES AUTORISÉES

Nous rencontrons des situations analogues, en droit administratif, dans les associations syndicales de propriétaires (1) constituées pour l'exécution et l'entretien de certains travaux d'intérêt collectif, régies par la loi du 21 juin 1865, modifiée par celle du 22 décembre 1888 et par la loi du 5 août 1911, cette dernière n'étant d'ailleurs relative qu'à la soumission des associations syndicales autorisées au régime administratif des dépenses obligatoires. Nous allons examiner, d'abord le principe dans les deux premières lois qui sont les lois fondamentales en la matière, et ensuite une application particulière qui en a été faite par la loi Chauveau du 27 novembre 1918.

1° *Les lois du* 21 *juin* 1865 *et du* 22 *décembre* 1888

La loi du 21 juin 1865 a consacré la distinction préexistante des associations syndicales pour travaux d'intérêt collectif, en trois classes: les associations libres, les associations autorisées et les associations forcées (2).

Les associations syndicales libres sont l'application pure et simple de l'article 1134 du Code civil; elles se forment par le censentement de tous les propriétaires intéressés sans aucune intervention de l'administration:

---

(1) On sait que l'on a donné à ces associations le nom de syndicales parce qu'elles sont administrées par des syndics.

(2) Antérieurement toutes ces associations étaient soumises à la loi du 16 septembre 1807 sur le dessèchement des marais.

l'unanimité est donc absolument indispensable et elles ont un caractère purement privé.

Tout à l'opposé sont *les associations syndicales forcées,* qui sont organisées d'autorité par l'administration préfectorale entre plusieurs propriétaires, contre leur gré, à tous ou du moins à la majorité d'entre eux, pour assurer l'exécution de certains travaux intéressant la sécurité ou la salubrité publique.

Enfin, *les associations syndicales autorisées* tiennent un juste milieu entre ces deux types extrêmes et consacrent l'application de la *loi de la majorité.* Elles sont constituées par un arrêté du préfet, avec le consentement de la majorité des propriétaires intéressés et après une enquête administrative sur les plans des travaux et le projet d'association. L'unanimité des propriétaires n'est pas nécessaire; *il suffit qu'il se forme une double majorité en nombre et en intérêts,* en général la moitié plus un des intéressés représentant les deux tiers au moins de la superficie des terrains, ou inversement les deux tiers des intéressés représentant plus de la moitié de la superficie; pour certains travaux cependant, la loi exige que la majorité soit des trois quarts des propriétaires représentant plus des deux tiers de la superficie et payant plus des deux tiers de l'impôt afférent aux immeubles, ou inversement (1).

Et cette contrainte de la minorité par la majorité est d'autant plus remarquable qu'elle permet à ces associations d'exercer des pouvoirs plus considérables que ceux accordés aux associations reposant sur l'unanimité des intéressés c'est-à-dire sur un contrat. *Elles ont des droits de puissance publique:* droit d'expropriation, dérogation remarquable aux principes ordinaires

(1) Sur la détermination de ces majorités, voy. l'art. 12 de la loi du 21 juin 1865, modifié par la loi du 22 décembre 1888.

de l'expropriation qui repose sur l'intérêt général et non sur l'intérêt privé de certains propriétaires, droit de lever des taxes sur les propriétaires à raison de la plus-value que leurs terrains ont acquise (1) ; et enfin le caractère de travaux publics est reconnu aux travaux exécutés par ces associations et les contestations que soulèvent ces travaux sont de la compétence des conseils de préfecture. Cela peut expliquer qu'elles constituent des établissements d'utilité publique, à la différence des associations libres qui sont des sociétés privées.

D'ailleurs les intérêts des minorités ne sont pas négligés par la loi : l'autorité supérieure intervient toutes les fois que l'intérêt public l'exige pour exercer son contrôle, et l'autorisation peut être retirée à l'association, si elle n'exécute pas les travaux prescrits ; de plus, tout propriétaire peut délaisser moyennant indemnité les terrains lui appartenant et compris dans le périmètre prévu, à moins que les travaux ne puissent faire l'objet de syndicats forcés.

2° *La loi Chauveau du 27 novembre* 1918

Les associations syndicales autorisées ont un domaine assez étendu, car les lois qui les établissent et les régissent sont relativement nombreuses (2). Mais nous ne parlerons simplement que d'une de leurs applications les plus récentes, celle qui a été prévue par la loi du 27 novembre 1918, dite loi Chauveau, relative au *remembrement de la propriété rurale pour l'amélioration des exploitations agricoles.* Le législateur s'est

(1) Voyez sur ces divers droits de puissance publique, M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 9e édit., 1919, p. 893.

(2) Parmi ces nombreuses lois, citons notamment les suivantes : loi du 15 décembre 1888 ; loi du 4 avril 1900 ; loi du 13 décembre 1902 ; loi du 5 août 1911 et enfin loi du 27 novembre 1918.

proposé de réaliser une répartition plus naturelle des terres d'une même commune ou de communes limitrophes et, à cette fin, de réunir en un seul corps des parcelles dispersées, au moyen d'échanges, avec ou sans soulte, entre propriétaires. Pour cela, il a décidé qu'au cas où l'unanimité ne pourrait être obtenue, il serait formé une association syndicale par arrêté du préfet, après enquête administrative, si la majorité des intéressés, représentant au moins les deux tiers de la superficie des terrains ou les deux tiers des intéressés représentant plus de la moitié de la superficie donnaient leur adhésion. C'est donc, en cette matière, la loi de la majorité, exactement réglée comme dans la loi de 1865, qui prévaut.

La loi Chauveau qui consacre une nouvelle atteinte au droit de propriété (1) dans un but d'intérêt général, puisque une majorité de propriétaires peut imposer à d'autres des échanges de parcelles, contient en outre, nous le signalons en passant, une fiction de contrat d'un autre genre: les échanges amiables d'immeubles ruraux effectués conformément aux dispositions de la loi du 3 novembre 1884 sont assimilés, en ce qui concerne le transfert de plein droit des privilèges et hypothèques dont ils seraient grevés, aux échanges réalisés par voie de remembrement collectif (2).

§ 4. — LES CONTRATS ÉLECTORAUX

Tout le système électif issu de la République de 1848, en matière politique, est aussi basé sur la prépondérance d'une majorité qui élit les représentants, vérita-

---

(1) Sur le principe des restrictions au droit du propriétaire, cons. notamment J. Charmont, *Les transform. du dr. civ.*, A. Colin, Paris, 1912, p. 200-233.

(2) Voy. la loi Chauveau du 27 nov. 1918, art. 8, al. 1.

bles mandataires pour elle, mais mandataires fictifs pour la minorité qui se trouve liée malgré elle par les actes des élus. D'ailleurs, ce mandat de droit public, quoique différent du mandat de droit privé, s'en rapproche par l'existence de la même idée de représentation de plusieurs personnes par une autre. Mais l'étendue de la fiction de mandat change suivant que l'on adopte le système de représentation majoritaire ou le système de représentation proportionnelle.

1° *La représentation majoritaire*

Dans ce système, est élu tout candidat qui a obtenu la moitié plus un des suffrages exprimés. L'étendue de la fiction est alors très grande, car la représentation des minorités est méconnue, si importantes soient-elles; les candidats ayant obtenu la majorité numérique des voix sont élus, quel que soit le nombre imposant de voix réunies par leurs concurrents. De sorte que, dans un Parlement, il peut n'y avoir que les élus de la moitié plus un du nombre total des électeurs et que la moitié moins un des électeurs n'y ait aucun représentant. Il peut se faire, comme l'a justement écrit M. Duguit, « que la moitié plus un des citoyens vive seule de la vie politique, le reste étant en fait comme s'il n'était pas et frappé de mort civile. La moitié plus un est libre, si l'on veut souveraine; l'autre moitié est serve, attachée à l'urne comme jadis à la glèbe » (1).

Aussi la réaction contre ce système électoral a-t-elle abouti à la loi du 12 juillet 1919 qui, sans rejeter encore définitivement la représentation majoritaire, a posé le principe de la représentation proportionnelle moins dédaigneuse des minorités.

(1) Duguit. *Manuel de dr. const., op. cit.*, 1911. n° 48. *in fine*, p. 176.

2° *La Représentation Proportionnelle*

La loi du 12 juillet 1919 nous paraît cependant incomplète et, à notre sens, il y aurait lieu de supprimer toute prime à la majorité. Sans doute la loi de la majorité est une chose nécessaire quand, les élections faites, les représentants ont, dans leurs assemblées, des votes à émettre pour prendre des décisions; mais cette loi ne nous paraît pas s'imposer quand il s'agit de préciser le mode d'élection de ces représentants. Il faut alors appeler à la vie politique tous les groupes de citoyens en leur donnant un nombre de représentants qui corresponde le plus possible à leurs forces numériques respectives, car, en régime démocratique, la meilleure représentation, la plus adéquate, est celle qui est l'image la plus fidèle du pays. Si la nation délibérait elle-même, tous les groupes qui la composent n'exprimeraient-ils pas eux-mêmes leurs volontés? Et pourquoi, puisque le gouvernement direct du peuple par le peuple exerçant par lui-même les diverses fonctions de l'Etat n'est pas matériellement possible dans les nations tant soit peu développées, le Parlement qui en est l'émanation ne renfermerait-il pas les mêmes éléments que la nation elle-même? (1)

Aussi seule la représentation proportionnelle intégrale nous paraît répondre à *l'équitable idée de justice distributive* en faisant du Parlement comme la carte réduite du pays. Il est vrai, les minorités subsisteront toujours, mais elles seront moins méconnues, et, de ce fait, la prépondérance de la majorité sera moins tyrannique, la fiction de contrat de mandat aura moins d'empire.

---

(1) En ce sens, R. Poincaré, Discours prononcé le 21 juin 1912. *Journ. off.*, 25 juin 1912.

Quelle que soit, en effet, l'autorité incontestable de M. Esmein, nous pensons avec M. Duguit que la majorité n'est pas toujours une de ces « idées simples qui se font accepter d'emblée » (1) ; drôle d'idée simple que celle qui aboutit à « l'oppression d'une partie de la nation par l'autre, sous prétexte que cette dernière compte quelques voix de plus que l'autre » (2).

§ 5. — APPRÉCIATION CRITIQUE DE LA LOI DE LA MAJORITÉ

Les diverses interventions législatives que nous venons d'étudier nous font assister à la formation de groupements par l'autorité de la loi, et, dans ces groupements, à la substitution progressive, pour certains domaines, de la volonté collective à la volonté individuelle au moyen de la contrainte de la minorité par la majorité. Faut-il s'en étonner?

Maintenir les statuts dans l'immobilité serait méconnaître le dynamisme interne que suppose la vie de tout organisme et condamner à mort les sociétés; refuser aux commerçants la faculté d'une liquidation honorable de leurs affaires par le concordat, à cause de la volonté irréductible de quelques créanciers, sérait souvent interdire toute indulgence au commerce honnête et malheureux; admettre comme irréalisables des tra-

---

(1) Cf. Esmein, *Dr. const.*, 4e édit., 1906, p. 225; 5e édit., 1909, p. 253 et suiv. et notamment: « La loi de la majorité est une de ces idées simples qui se font accepter d'emblée; elle présente ce caractère que d'avance elle ne favorise personne et met tous les votants sur le même rang ».

(2) Cf. Duguit, *Man. de dr. const., op. cit.*, n° 48, p. 175.

Cf. aussi *Le droit social, op. cit.*, p. 47: « C'est un devoir pour chacun de travailler dans la mesure de ses forces à la réalisation de cette réforme et à la suppression du scrutin uninominal et majoritaire, qui est un instrument de démoralisation et de corruption universelle ».

vaux d'utilité commune et générale parce qu'ils vont à l'encontre de quelques intérêts privés serait négliger les besoins de la collectivité; enfin, en matière constitutionnelle, vouloir compter sur le concours également bienveillant de tous les citoyens serait rendre impossible la vie politique, à laquelle cependant on doit associer le plus grand nombre.

Dans toutes ces hypothèses, pour entretenir la vie des groupements, la loi permet à des majorités suffisamment fortes de passer outre à la volonté des minorités, tout en assurant autant que possible la protection des minorités dissidentes (1). Et que l'on n'objecte pas, comme on l'a fait pour les modifications apportées aux statuts des sociétés par actions, que la soumission des minorités est volontaire et contractuelle, parce que, en adhérant aux statuts, ces minorités ont, par cela même, accepté d'avance toutes les modifications qui seraient faites par la suite et toutes les décisions qui seraient prises à la majorité. L'explication qu'a essayé d'en donner Rousseau est en effet un pur sophisme qui ne trompera personne: « Quand l'avis contraire au mien l'emporte, a-t-il dit, cela ne prouve pas autre chose sinon que je m'étais trompé et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas » (2). C'est une pure fiction que d'être censé avoir tacitement voulu des choses auxquelles on n'a jamais songé, et que l'on n'a jamais connues; en réalité, ce n'est pas un acte créateur d'un contrat mais un acte d'abdication devant les nécessités de la vie collective, car, pour les mino-

(1) Sur la protection de ces minorités, et particulièrement sur les garanties résidant dans l'application de deux théories juridiques contemporaines, le détournement de pouvoir du droit administratif et l'abus du droit de la jurisprudence civile, voy. G. Morin, *La révolte des faits, op. cit.*, p. 173 et suiv.

(2) Rousseau, *Contrat social*, livre IV, chap. II.

rités non consentantes, les décisions des majorités demeurent en principe *res inter alios acta.*

Il est vrai que, lorsque les parties sont appelées à prendre une décision en pleine connaissance de cause, *la fiction de contrat ne se manifeste pas nécessairement durant toute l'élaboration du contrat.* Il y a des moments, avant la conclusion définitive du contrat, où la volonté se trouve entièrement libre. Dans l'étude psychologique de la volonté, on voit que l'acte volontaire passe par des phases bien distinctes et successives: la conception, puis la délibération, ensuite la volition, et enfin l'exécution (1). Or, on retrouve précisément cette évolution générale dans la formation du consentement juridique: l'accord des volontés, élément essentiel de tout contrat, se décompose en une double opération (2): d'abord l'accord sur le contenu de la convention, sur ses clauses et ses conditions, ce qui constitue le projet du contrat, œuvre de l'intelligence et du raisonnement: c'est la phase de la conception et de la délibération; et ensuite, l'adhésion individuelle de chacune des parties à la convention ainsi préparée, qui lui donne force obligatoire par un acte de volonté, objet proprement dit de la volition: c'est la phase de la volition et de l'exécution.

On peut donc dire qu'il n'y a véritablement fiction de contrat que dans la deuxième opération; dans la première opération en effet l'intelligence est libre de concevoir le but qu'elle désire atteindre et de délibérer sur les moyens pour le réaliser, c'est un vrai contrat qui semble en voie de formation. Mais lorsqu'elle se trouve arrivée au moment de se déterminer c'est-à-dire de passer à la volition et à l'exécution, elle perd son indépendance et sa faculté complète d'option, elle est

---

(1) Cf. Lahr, *Cours de Philo.*, p. 266-269.
(2) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 945, p. 316.

contrainte de se soumettre à une volonté supérieure à la sienne, celle de la majorité, et dès lors ce qui paraissait jusque là devoir être un vrai contrat se trouve réduit à n'être qu'une fiction de contrat, dans ce que nous avons appelé la deuxième opération juridique de la formation du consentement.

Et cependant, si cette mise au point peut avoir une utilité incontestable au point de vue philosophique, elle ne nous paraît pas présenter un grand intérêt au point de vue strictement juridique, car le résultat seul importe qui révèle la fiction de contrat.

Ainsi la théorie contractuelle qui tend à ne voir que des contrats dans tout le droit des sociétés, des associations et des groupements, subit une forte atteinte par la volonté du législateur lui-même qui a facilité l'avènement de la loi de la majorité indispensable pour la vie des institutions. En effet, si l'acte constitutif et originaire des sociétés peut au besoin être considéré comme un contrat (1), — bien qu'en réalité la fondation des sociétés et surtout leur constitution définitive et complète consiste plutôt dans une série d'adhésions à « des faits objectifs de procédure » (2), ce qui est bien différent de la délibération prise à l'unanimité des membres constituants, — du moins, la vie même et le fonctionnement des groupements n'est pas la simple exécution des clauses d'un document strictement contractuel, mais l'évolution organique d'une institution à laquelle le contrat a donné naissance. « Sous la poussée des besoins et des faits, a écrit M. Hauriou, les

---

(1) Cf. Cruet, *op. cit.* p. 154-155. « Contractuelle par son origine juridique, une association est toujours corporative par la nature de son action économique et sociale ».

(2) Hauriou, *Principes de dr. public, op. cit.*, p. 145; voy. aussi Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris 1910, n. 429; G. Morin, *La révolte des faits, op. cit.*, p. 164 s.

sociétés et les associations se sont évadées de la géôle contractuelle où on prétendait les emprisonner » (1).

On le voit: notre législation elle-même nous révèle que l'utilité purement privée doit dans certains cas céder le pas à l'utilité vraiment sociale, que la théorie exclusivement contractuelle des groupements s'imprègne nécessairement d'éléments institutionnels et devient ainsi fictivement contractuelle. Ne faudrait-il pas en réalité accentuer cette tendance législative et instaurer plus complètement pour les groupements la théorie vraiment institutionnelle, qui postule la loi de la majorité et qui repose sur l'interdépendance des individus? (2) C'est ce que d'excellents esprits ont pensé, et ils ont proposé pour l'organisation de la vie sociale de demain la constitution de *syndicats obligatoires* doués de la capacité de négocier des *conventions collectives également obligatoires*. Dans cette conception où le syndicat représenterait la profession organisée, le contrat collectif deviendrait *la loi de la profession* (3) : ce serait bien l'extension de la loi de la majorité, puisque les opposants seraient liés malgré eux-mêmes.

N'est-il pas juste en fait, dit-on, qu'entre tous les membres de chaque profession il y ait égalité de situations, afin d'éviter la concurrence que pourraient faire les ouvriers non syndiqués à leurs collègues syndiqués,

---

(1) Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », dans le *Recueil de législ. de Toulouse*, 1906, p. 173 s. — Comp. Demogue, *Traité des obligations en général, op. cit.*, 1923, I, t. I, p. 85, n° 28: « Ces statuts peuvent être fondés sur un contrat. Les sociétés par actions, les syndicats nous en offrent des exemples. *Mais il y a alors plus qu'un contrat.* Les volontés qui se sont réunies sont comme encastrées dans une construction préalable qu'elles ne dominent pas complètement ».

(2) Cf. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé, op. cit.*, p. 505 et suiv.

(3) Cf. G. Morin, *La rév. des faits, op. cit.*, p. 43 et suiv.

en acceptant de travailler à des conditions plus avantageuses pour les patrons, au point de vue, par exemple, des salaires et de la durée du travail? Et lorsque il existe un contrat collectif, et qu'en fait le syndicat règne par le contrat collectif, bien que personne ne soit tenu d'entrer dans le syndicat et que chacun puisse en sortir, n'est-il pas vrai que sortir du syndicat, c'est sortir de la profession et que l'ouvrier qui est obligé de subir un contrat collectif est syndiqué malgré lui? (1)

D'ailleurs, autant il est naturel, lorsqu'une personne physique est elle-même et seule intéressée à la solution d'un problème, que cette solution, pourvu qu'elle ne soit pas illicite ou immorale, soit commandée par des considérations proprement individuelles, c'est-à-dire relatives à la personne physique; autant il est logique, lorsque une véritable personne morale, une collectivité quelconque, est intéressée, soit seule, soit en même temps que les personnes physiques la composant, à la solution d'un problème, que ce soient les intérêts généraux de cette personnalité morale qui priment les intérêts individuels souvent contradictoires de ses membres, pour les faire plier à sa loi (2). Sans doute, l'on a invoqué, pour détruire cette argumentation, la souveraineté des individus d'après laquelle le droit d'un seul est égal au droit de tous (3) et le contrat conçu

---

(1) Cf. Cruet, *op. cit.*, p. 155.

(2) Comp. Dereux, *Rev. crit.*, 1901, p. 123. « N'est-ce pas prononcer déjà le divorce entre l'intérêt particulier et l'intérêt général et proclamer qu'il est nécessaire, dans une certaine mesure, de léser chacun au profit de tous? »

(3) On connaît la formule fameuse du grand individualiste Waldeck-Rousseau: « Le droit d'un ouvrier qui ne veut pas faire partie d'un syndicat est égal au droit de 10.000 ouvriers qui veulent en faire partie ». Comp. à ce sujet Cruet, *op. cit.*, p. 152: « Il ne suffit pas d'affirmer doctrinalement que le droit d'un seul ouvrier à travailler est aussi sacré que celui de tous les autres à ne pas travailler; il s'agit

comme seule forme juridique des rapports entre les hommes. Mais on ne saurait sérieusement contester que de nouvelles personnes juridiques sont nées, qui ont droit à la vie juridique la plus large, et, qu'avec elles de nouvelles souverainetés se sont constituées, dont les intérêts, par cela même qu'ils sont plus considérables et plus altruistes que ceux des individus isolés, ne doivent pas être éternellement tenus en échec par eux.

Ce n'est pas nécessairement s'insurger contre la liberté et en menacer en quoi que ce soit l'existence: c'est seulement en changer un peu le fondement et reconnaître, qu'à côté de la liberté individuelle, il existe une liberté collective. Ce n'est pas non plus faire table rase de toutes les données du principe de droit subjectif issu de la Révolution, mais assurer la place qu'ils méritent aux principes supérieurs de droit objectif qui doivent dominer souvent les théories contractuelles. Ce n'est pas enfin abroger à tout jamais la loi de l'unanimité, mais bien limiter exactement son domaine, en instaurant la loi de la majorité qui seule peut assurer la vie des institutions.

M. Saleilles avait donc bien raison d'affirmer que, dans la théorie des sociétés, des associations, et, d'une façon plus générale, des groupements, « *la thèse individualiste... purement contractuelle défigure la réalité* » (1). Purement contractuelle, elle ne peut l'être en effet, nous venons de le voir, elle ne peut être au pis aller que fictivement contractuelle, car, pour la réglementation des rapports entre les hommes, le contrat, consécration de la loi de l'unanimité, tend à perdre de

---

de savoir si, dans la grande industrie moderne, *un seul* peut continuer à travailler, lorsque *tous* ont quitté le travail. Nous sommes donc ainsi ramenés une fois de plus d'une question de droit à une question de fait ».

(1) Saleilles, *De la personnalité juridique, op. cit.*, 1910, p. 602.

son monopole et à faire place aux organismes qui ne peuvent s'accommoder que de la loi de la majorité.

Dans les groupements qui se multiplient à l'heure actuelle, *le régime de l'unanimité est « un régime d'inertie et de mort »*; *le procédé majoritaire « est nécessité par l'action et par la vie »*. Le vote des associés « n'est plus tant l'exercice d'un droit individuel que l'accomplissement d'une fonction de l'organisme. Les associés ne sont plus des souverains, mais des fonctionnaires au service du groupement » (1).

SECTION II

DANS LA JURISPRUDENCE ET DANS LA DOCTRINE

Ce n'est pas le législateur seul qui crée des fictions de contrats, le juge en crée aussi parce qu'elles lui sont très utiles. Mais toutes n'ont pas le caractère interprétatif que nous avons rencontré jusqu'ici, et ne méritent pas les mêmes critiques. Le législateur en effet n'a pu tout prévoir; depuis 1804 les faits ont changé, des situations nouvelles se présentent que le Code n'a pas réglementées parmi ses contrats nommés et qui sont cependant des contrats.

Le juge moderne, et, d'une façon générale, l'interprète du droit, quoique dans une mesure bien plus faible que le préteur romain, *ont exercé leur activité assimilatrice* dans un certain nombre de cas où se sont présentées à eux des situations nouvelles dépourvues de réglementations légales; ils leur ont donné une réglementation, en les coulant dans le moule d'un type contractuel préétabli.

Cette tendance, nous l'avons déjà dit, caractérise l'habitude de la plupart des hommes à rattacher toujours

(1) G. Morin, *La rév. des faits, op. cit.*, p. 169 et 173.

le nouveau à l'ancien, à réduire l'inconnu au connu, et les exemples en sont nombreux dans tous les domaines du droit, même dans ceux où il n'y a rien de contractuel (1). Et, spécialement dans le domaine contractuel, n'existe-t-elle pas cette habitude invétérée de vouloir toujours utiliser les vieux compartiments légaux, et M. Gény n'a-t-il pas écrit que « la hantise des contrats nommés, spécifiés, déterminés suivant des types rigides, persiste en beaucoup d'esprits, jusqu'à entraver parfois la souplesse des engagements privés? » (2)

Il y a là sans doute une application de la *loi d'écono-*

(1) Sur ces tendances à tout faire rentrer dans l'architecture juridique existante, nous pouvons indiquer quelques exemples bien connus:

La dation en paiement, considérée traditionnellement comme une variété du paiement, et par les auteurs nouveaux comme une novation par changement d'objet, ou une vente: Aubry et Rau, t. III, § 392, note 4, et t. IV, § 318, note 1, et § 24, note 48; Planiol, *Tr. él. de dr. civ.*, t. II, 8e édit., 1921, n° 522-528, p. 172-174; Colin et Capitant, *Cours de dr. civ.*, t. II, 2e éd., 1920, p. 511-513.

La stipulation pour autrui, que l'on a voulu ramener aux théories de l'offre, de la gestion d'affaires, et que certains auteurs ont essayé d'expliquer soit par la volonté unilatérale, soit par l'action directe. Voyez notamment: pour la théorie de l'offre, Larombière et Demolombe, t. XXIV, n° 248 à 255; Laurent, t. XV, n° 559; pour la théorie de la gestion d'affaires: Pothier, n° 59; Labbé, *ibid.;* Bugnet, notes sous Pothier, n° 54 note 1, n° 55 note 2, n° 60 note 3; Toullier, t. VI, n° 155.

Le remploi de communauté, pour lequel divers systèmes ont été aussi proposés; outre la dation en paiement, la gestion d'affaires (Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 98; Demante et Colmet de Santerre, VI, n° 77 *bis;* Laurent, XXI, n° 371); ou encore la stipulation pour autrui (Colin et Capitant, *Cours de dr. civ.*, t. III, p. 92).

D'une façon générale, au lieu de faire rentrer tous les rapports sociaux dans les cadres préétablis, il serait souvent plus simple de considérer qu'ils constituent des *contrats sui generis*, ou encore plus conforme aux faits de reconnaître qu'ils produisent les effets voulus par les parties dans la mesure où cela peut être juste et utile. Cf. Escaré, *De la dation en paiement en droit français*, thèse Toulouse, 1898, et E. Doublet, *La dation en paiement*, thèse, Paris, 1905.

(2) Gény, *Science et tech.*, t. III, n° 209, p. 135.

mie des moyens dans cet « art de s'aider adroitement des moyens que l'on a à sa disposition » (1), de faire le plus possible avec le moins d'éléments possibles, loi vitale de la jurisprudence, a écrit Ihering, toute jurisprudence qui l'ignore, c'est-à-dire qui ne sait pas économiser les matériaux, est écrasée sous leur masse toujours croissante et succombe sous le poids de sa propre richesse » (2).

Mais cette loi du moindre effort, d'économie de temps et d'activité à la fois (3), est poussée souvent à ses limites trop extrêmes car, d'une part, le législateur n'ose pas toucher assez hardiment à l'édifice du droit ancien, et, d'autre part, l'esprit humain, s'imaginant volontiers que tout se réduit à une question de classification et répugnant à construire des formes nouvelles, est trop naturellement porté à s'en tenir aux types existants. Momentanément et d'une façon provisoire, grâce à l'élasticité des mots et des formules et grâce à l'emploi d'une casuistique savante et subtile, le praticien réussit sans doute à assurer le réajustement du droit aux faits nouveaux, mais, tôt ou tard, il arrive inévitablement que les manifestations nouvelles du commerce juridique résistent à la poussée excessive que l'on exerce sur elles pour les enfermer de force dans des catégories préconstituées qui ne sont plus assez souples pour les contenir sans risquer de les étouffer.

Sans doute aussi, de temps à autre, le législateur confectionne à la hâte des lois nouvelles pour courir au plus pressé, combler les lacunes les plus apparentes et pallier les injustices les plus criantes; mais toutes ces

---

(1) Ihering, *Esprit du dr. rom., op. cit.*, liv. IV sur l'Economie juridique, p. 235.

(2) Ihering, *ibidem*, livr. III, p. 22 et suiv.

(3) Voy. Demogue, *Les notions fondamentales en droit privé, op. cit.*, chap. IV sur l'Economie de temps et d'activité, p. 111-118.

lois manquent le plus souvent d'harmonie, entre elles d'abord, et avec le vieux code ensuite. Et d'ailleurs le fond même du droit est toujours constitué par des formules anciennes demeurées intactes que l'on essaye assez vainement d'adapter aux nécessités de l'heure, car cette adaptation risque, « non contente de décomposer les rapports de droit, d'isoler les éléments de la réalité et de les jeter dans le moule de la construction juridique, pour en tirer des entités indépendantes des faits et se mouvant dans l'abstraction pure » (1).

Quoique l'on fasse, en effet, la vie est faite de mouvement continu, et le monde issu de l'imagination du juriste, trop épris de logique abstraite, ne correspond pas toujours au monde réel qui est baigné dans le courant de l'évolution. Pourquoi donc vouloir tout faire entrer dans les cadres de l'architecture juridique existante par un rattachement qui peut être parfois trop artificiel? Parlant toujours de la loi d'économie des moyens, Ihering écrivait : « L'art de s'aider est le patrimoine des pauvres, les riches n'en ont que faire... » (2) Or, nous pensons précisément que seuls les pauvres devraient appliquer la loi du moindre effort, les riches ne devraient point y avoir recours. Qu'est-ce à dire? Il existe aujourd'hui des situations juridiques extra-contractuelles, et il ne faut pas vouloir soumettre toutes les créations nouvelles du commerce juridique à un traitement trop tyrannique pour les faire toujours entrer de force dans les catégories du contrat. « L'interprète, une fois certaine l'intention concrète du disposant (ou des parties) doit se garder d'y faire échec en la ramenant à une catégorie juridique qui l'invalide-

(1) Gény, *Méth. d'interpr., op. cit.*, p. 129.
(2) Ihering, *Espr. du dr. rom., op. cit.*, t. IV, p. 235.

rait, alors qu'il est possible de la maintenir » (1). Et ce n'est que dans les cas d'absolue nécessité, où l'on se trouve placé en face de situations nouvelles dont la loi n'a pas encore expressément prévu les rapports juridiques, et en attendant qu'elle le fasse, que l'interprète peut se permettre, pour la production des effets de droit indispensables à la vie, de ramener le nouveau dans les cadres anciens.

En examinant un certain nombre de situations, la plupart de création moderne, nous allons essayer de montrer comment elles sont dotées d'une *réglementation juridique par voie d'assimilation à des types de contrats préformés,* assimilation provisoire assez indispensable en fait dans bon nombre de cas, mais malheureusement pratiquée parfois sans souci des véritables réalités. Et, jetant nos regards à la fois sur le passé et sur le présent, nous étudierons successivement des situations pourvues d'une réglementation légale tantôt suffisante et tantôt insuffisante, et des situations encore non expressément prévues ni réglementées par la loi.

§ 1. — LES SITUATIONS POURVUES D'UNE RÉGLEMENTATION LÉGALE SUFFISANTE

Il existe des situations contractuelles aujourd'hui pourvues d'une réglementation légale, mais qui, avant l'intervention du législateur, avaient été ramenées dans les cadres tout faits de nos contrats nommés, seul moyen rapide, en somme, de leur assurer une existence juridique normale. Par exemple, le contrat de métayage avant

---

(1) Gény, *Méth. d'int., op. cit.*, p. 529, note. Et voy. un exemple du procédé qu'il réprouve dans Amiens, 21 février 1893, S. 95-2-57 (passage inséré au Sirey, p. 63, col. 1), et rapport de M. Cotèle à la Ch. des Req. sur cet arrêt, S. 95-2, p. 64-67, *passim.*

la loi du 18 juillet 1889, le contrat individuel de travail avant la loi du 28 décembre 1910, le contrat collectif de travail avant la loi du 25 mars 1919; et nous croyons qu'il en sera de même du contrat d'assurances sur la vie quand le Parlement votera enfin le projet de loi du 12 juillet 1904.

1° *Le Contrat de Métayage*

Le contrat de métayage ou contrat à colonage partiaire a été réglementé traditionnellement par le droit coutumier, et, par conséquent, est resté en dépendance étroite des usages locaux; le Code civil lui-même s'en est fort peu occupé, puisqu'il ne lui a consacré que deux articles d'importance secondaire, les articles 1763 et 1764 relatifs à la faculté de sous-louer.

Aussi, la vraie nature juridique du métayage est restée longtemps controversée, et, bien qu'en cette matière les conventions des parties soient libres, il était cependant indispensable de donner à ce contrat une réglementation légale, afin d'en définir, tout au moins dans ses lignes générales, les effets, la durée, les causes d'extinction, et de mettre ainsi un terme aux incertitudes que son application faisait naître.

En présence du silence de la loi, certains auteurs (1), rapprochant le métayage du bail à ferme, l'assimilaient au *contrat de louage de choses;* d'autres (2), considérant davantage l'existence d'apports faits par les parties et d'un partage de bénéfices, y voyaient plutôt une

(1) C'était l'opinion de la majorité des auteurs: Aubry et Rau, *op. cit.*, § 371, texte et note 16; — Colmet de Santerre, t. VII, n° 213 et 213 *bis;* — Laurent, t. XXV, n° 477; — Guillouard, t. II, n° 617; — Comp. aussi Cour Cass., 8 février 1875, D. 75-1-169; Cass., 30 mai 1888, *France judiciaire,* 1888-2-343; Cass., 28 juin 1892, D. 92-1-407 et S. 92-1-417.

(2) Gaïus, *Digeste,* liv. XIX, tit. 2, pr. 25; — Grenoble, 20 mars 1863, D. 1863-5-237; Cass., 21 octobre 1899, D. 90-1-124.

sorte de *contrat de société;* d'autres enfin comme Marcadé (1), en faisaient un *contrat innommé,* tenant à la fois du louage et de la société.

Mais le législateur a enfin fort heureusement comblé la lacune et, par une loi du 18 juillet 1889, qui constitue le titre IV du Code rural, a donné une réglementation du métayage (2). Sans doute, cette loi n'a pas expressément tranché la question de la nature juridique de ce contrat; mais on sait, d'après les déclarations des rapporteurs à la Chambre des députés et au Sénat, que l'intention du législateur a été de faire un contrat de nature mixte, participant à la fois du louage et de la société. Et d'ailleurs, le silence du législateur est aujourd'hui sans inconvénient, parce que ce contrat se trouve pourvu d'une réglementation complète, et que l'on peut tout aussi bien le considérer, au besoin, comme un véritable contrat innommé ou sui generis.

2° *Le Contrat Individuel de Travail*

L'expression « contrat de travail » a été employée pour la première fois par le législateur dans une loi du 18 juillet 1901 (3); et, quoiqu'elle fut déjà d'un usage courant, elle avait donné lieu à de nombreuses critiques. On a voulu voir dans le contrat de travail, tantôt un louage de choses, tantôt une vente, tantôt un mandat salarié, tantôt une société, tantôt enfin un louage de services. Or, nous pensons que toutes les assimilations

---

(1) Marcadé, *Explic. théor. et prat. du Code Napoléon,* V[e] édit., t. VI, Paris, 1859, articles 1763 et 1764, sommaire 2, p. 495.

(2) De même, le bail à domaine congéable et le bail à complant, qui sont des anciennes formes de tenures, les seules qui aient survécu à la Révolution, quoique grandement régies par les usages locaux, ont reçu aussi une réglementation légale: loi du 8 février 1897 pour les domaines congéables et loi du 8 mars 1898 pour les vignes à complant.

(3) Cette loi a été insérée au *Code de travail,* livre I, art. 25.

qu'on a essayé de faire ne correspondaient pas à sa véritable nature.

Et d'abord le contrat de travail n'est ni un louage de choses, ni une vente. La conception de *louage de choses,* qui venait du droit romain où les cadres contractuels étaient très limités, et a été admise par notre ancien droit, n'est plus possible aujourd'hui après les progrès sans cesse croissants du droit social qui ne permettent plus d'assimiler à une chose le travail de l'homme et de séparer la personne du travailleur de sa force de travail. La conception de *contrat de vente,* par lequel le salarié vendrait cette force de travail, à tant l'heure ou à tant la tâche, conception chère aux socialistes, témoignerait d'une indépendance des ouvriers qui est actuellement contraire à la réalité.

Le contrat de travail n'est pas davantage un *mandat salarié,* car la représentation juridique d'une personne par une autre, qui est l'essence même de tout mandat, n'existe pas, et n'a d'ailleurs jamais été admise par la jurisprudence. Sans doute, il serait peut-être souhaitable que le contrat de travail constitue un contrat de société (1), mais s'il s'en rapproche dans l'actionnariat ouvrier (2), ce n'est que dans des hypothèses exceptionnelles, et en somme c'est l'expression d'un état idéal plutôt que de l'état réel.

Enfin et surtout on a considéré le contrat de travail comme un contrat de *louage de services,* et on connaît le raisonnement classique qui a été fait. On ne doit pas définir un contrat uniquement par son objet, a-t-on dit,

---

(1) Cf. Emile Chatelain, *De la nature du contrat entre ouvriers et entrepreneurs,* Paris, 1902; comp. Perreau et Fagnot, *Le Contrat de travail,* Paris, 1907.

(2) Dans l'actionnariat ouvrier, en effet, les ouvriers participent à la fois aux bénéfices et aux pertes. Voy. les sociétés anonymes à participation ouvrière constituées par la loi Chéron du 1er mai 1917, ajoutant un titre VI à la loi du 24 juillet 1867.

mais aussi par sa vraie nature; et, de même qu'on ne parle pas de contrat de terre, de maison ou d'argent, de même on ne doit pas parler de contrat de travail ou de contrat de services, car le travail peut faire l'objet de plusieurs contrats très différents : louage, entreprise, société, prestation gratuite. Il faut donc préciser de quel contrat l'on parle et l'on dit *contrat de louage de travail* (1).

On comprendrait à la rigueur toutes ces assimilations à des contrats existants et surtout au contrat de louage, à une époque où le contrat de travail serait encore insuffisamment réglementé par la loi, et où il serait cependant indispensable pour la jurisprudence de définir sa vraie nature juridique. Mais comment ne pas voir que ces assimilations aux contrats traditionnels de vente, de société, de louage, vulgarisaient l'idée que la liberté des parties doit y être souveraine maîtresse comme dans les divers contrats usuels et que ces fausses conceptions contribuaient à entraver et à retarder l'intervention législative cependant si indispensable pour la protection des travailleurs (2)? Le contrat de travail pouvait donc et devait même faire l'objet d'une réglementation particulière (3).

Aussi aujourd'hui les dispositions législatives dont il a été l'objet sont assez nombreuses pour que toute assimilation devienne inutile et doive être écartée, surtout après la loi du 28 décembre 1910 qui a codifié toutes les règles existantes en la matière et forme le titre

---

(1) Pour ce raisonnement, voy. notamment, Planiol, *Traité él. de dr. civ.*, t. II, 7e édit., 1917, n° 1826, p. 585 et 586; Ch. Gide, *Cours d'éc. pol.*, Paris, 3e édit., 1913, p. 682 et 683.

(2) Cf. Colin et Capitant, *Cours élém. de dr. civ.*, t. II, p. 576.

(3) Sur la nécessité de l'intervention du législateur pour cette réglementation, voy. Capitant, *Cours de législation industrielle*, p. 131 et suiv. — C'est également l'opinion adoptée par M. le professeur Percerou à son cours.

premier du Code de travail et de la prévoyance sociale. En conséquence, au lieu de considérer le contrat de travail comme une fiction de tel ou tel contrat et particulièrement une fiction traditionnelle de contrat de louage, nous pensons qu'il vaut mieux reconnaître qu'il a une individualité propre et constitue tout simplement et par lui-même *un contrat spécial, le contrat de travail,* « distinct de tous les autres contrats de droit privé, et qu'il faut traiter comme tel. C'est précisément pour cela qu'il convient de lui donner un nom spécial qui le distingue de toutes les autres conventions, et la dénomination de contrat de travail nous paraît bien choisie parce qu'elle est claire et expressive » (1).

3° *Le Contrat Collectif de Travail*

Le contrat collectif de travail, d'abord interdit par la loi Chapelier (décret des 14-17 juin 1791), puis toléré en fait sous la monarchie de juillet quoique alors illégal, devint licite comme conséquence des lois du 25 mai 1864 et du 21 mars 1884 admettant les droits de coalition et d'association professionnelle, mais ne fut réglementé que par la loi du 25 mars 1919.

Or, avant cette loi du 25 mars 1919, qui en détermine les conditions d'existence et les effets, et pendant toute la période où il était considéré comme licite, il fallait lui donner une réglementation: elle fût l'œuvre de la jurisprudence. Comment s'y prit-elle? Elle essaya d'assimiler le nouveau contrat à un contrat-type existant: le mandat. Il y eût en conséquence *mandat tacite* (2) ou fiction de mandat, les syndiqués ouvriers et les syndiqués patronaux étant censés avoir donné mandat aux

---

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 576.

(2) Cf. Duguit, *Les transformations, op. cit.*, p. 134 et suiv.

chefs de leurs syndicats respectifs de traiter en leurs noms.

Mais le jour où le législateur se décida à intervenir, par la loi du 25 mars 1919, ces fictions de contrats de mandat devinrent inutiles, le contrat collectif de travail apparut en quelque sorte comme un *contrat sui generis,* on s'aperçut que c'était tout simplement un contrat collectif de travail.

Dès lors, sa véritable nature juridique pourra être désormais reconnue sans difficultés, comme nous le verrons plus loin; « le contrat collectif, a écrit M. Duguit, est une catégorie juridique toute nouvelle et tout à fait étrangère aux cadres traditionnels du droit civil. C'est une *convention-loi* réglant les relations des deux classes sociales » (1). D'ailleurs, si la fiction assimilatrice au contrat de mandat a disparu avec la promulgation de la loi de 1919, une autre fiction de contrat subsiste: les syndiqués sont toujours censés avoir contracté, alors qu'il n'en est rien. Nous nous contentons de la signaler pour le moment.

4° *Le Contrat d'Assurance sur la Vie*

Tandis que, dans la plupart des pays étrangers, il existe une réglementation légale du contrat d'assurance sur la vie (2), notre Code civil et toute la législation française sont presque entièrement muets sur cette matière qui est exclusivement l'œuvre de la jurisprudence et de la pratique (3).

---

(1) Cf. Duguit, *ibidem,* p. 134 et suiv.

(2) Pour les législations étrangères, voy. notamment: en Belgique, la loi du 11 juin 1874; en Suisse la loi du 2 avril 1908; en Allemagne la loi du 30 mai 1908; en Italie, les art. 449 à 453, chap. III, tit. XIV, liv. I du Code de commerce; en Hongrie, les art. 498 à 507, section III, t. VII, 2e partie du Code de 1875.

(3) On pourrait d'ailleurs en dire autant pour tous les contrats d'assurance terrestre, car le Code civil ne s'en occupe nullement et

Le contrat d'assurance sur la vie longtemps prohibé, même lors de la rédaction du Code civil parce qu'il paraissait à Portalis comme « contraire aux idées de saine morale », à cause notamment du *votum mortis* que la femme pouvait faire pour son mari, a fini néanmoins par être considéré, à juste titre, comme un acte de haute prévoyance et par devenir licite. Et quoique les progrès aient été très lents jusque vers 1860, sa pratique est aujourd'hui bien entrée dans les mœurs.

Un premier résultat était obtenu : l'assurance sur la vie au profit d'un tiers avait acquis droit de cité en France, elle ne tomberait plus désormais sous le coup de l'article 6 du Code civil. Mais alors, comme il fallait donner à ce nouveau contrat une forme juridique, et qu'il n'existait pas de réglementation légale qui lui fût directement applicable, sauf au point de vue fiscal (1), la jurisprudence ,qui ne pouvait créer de toutes pièces un contrat nouveau, s'efforça de l'assimiler à un contrat déjà existant et réglementé par le Code (2). Elle jeta cette situation contractuelle nouvelle dans un moule préétabli : *la stipulation pour autrui ;* et ainsi, a pu écrire M. Charmont, « dans le silence de la loi et à l'aide d'un seul article sur la stipulation pour autrui, elle a pu construire toute une théorie de l'assurance sur la vie, spécialement de l'assurance en cas de décès au profit d'un tiers » (3).

---

les dispositions du Code de commerce de 1807 relatives aux assurances maritimes (liv. II, titre X, art. 332 à 396) sont trop spéciales pour pouvoir être étendues aux assurances terrestres et être la base de leur réglementation.

(1) Pour la réglementation fiscale des assurances sur la vie, voy. la loi du 5 juin 1850, art. 37; la loi du 21 juin 1875, art. 6, et la loi du 29 décembre 1884.

(2) Voyez aussi comment M. Planiol a essayé de faire entrer l'assurance dans les cadres traditionnels des contrats nommés. (In *Rev. crit. de législ. et de jur.*, 1904, n. s., t. XXXIII, p. 481-483.

(3) Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique, op. cit.*, p. 188.

Sans doute, si la stipulation pour autrui n'est pas elle-même un véritable contrat, elle suppose néanmoins un contrat, car elle constitue « une clause insérée dans un contrat au profit d'un tiers, laquelle produira ses effets lorsque celui-ci l'aura acceptée » (1), et elle permet de faire entrer une situation nouvelle dans un cadre créé par le Code. Et même, en réalité, elle nous paraît aboutir indirectement à un contrat, car, en somme elle est comme *une sorte de contrat fait en faveur des tiers* (2).

D'ailleurs, il nous semble que cette assimilation à la stipulation pour autrui n'aura plus la même raison d'être quand le législateur sera intervenu pour réglementer l'assurance sur la vie, qui constituera alors tout simplement un *contrat sui generis*: et il en sera probablement ainsi quand le Parlement aura enfin voté le projet de loi qui a été présenté à la Chambre des Députés le 12 juillet 1904 (3).

---

(1) Duguit, *Les transformations, op. cit.*, p. 129.

(2) Cf. Gény, *Sc. et tech., op. cit.*, t. III, n° 212, p. 164; comp. Ed. Lambert, *La stipulation pour autrui*, thèse, Paris, 1893.

(3) Au bout d'un siècle le législateur a songé à intervenir et une commission extra-parlementaire, dont M. Lyon-Caen a été le rapporteur, a préparé un système de réglementation tout calqué sur celui qu'avait élaboré la jurisprudence. Le projet de loi, qui est relatif à toutes les assurances terrestres (incendie, vie...), a été déposé sur le bureau de la Chambre des députés une première fois le 12 juillet 1904 et a fait l'objet d'un rapport de M. Chastenet le 3 mars 1906; il a été déposé une deuxième fois, après le renouvellement de la Chambre des députés, le 14 juin 1906, et a été rapporté une deuxième fois par M. Chastenet, le 13 février 1907; enfin, il a été déposé une troisième fois, après un deuxième renouvellement de la Chambre en l'année 1910. Ce projet de loi a été étudié par la Société d'Etudes législatives (voy. *Bulletins* 1905 et 1906), et l'Association française des assurances sociales fondée en mars 1905; mais il n'a encore jamais été discuté par le Parlement.

§ 2. — LES SITUATIONS INSUFFISAMMENT RÉGLEMENTÉES PAR LA LOI

Il arrive souvent qu'en réglementant telle ou telle situation, le législateur le fasse d'une façon imparfaite, tant il est vrai que le droit est une création continue et que les lois, pour être justes et équitables, doivent être sans cesse remises sur le chantier. Au reste, nous avons déjà dit que, devant la complexité croissante des faits contemporains, il est absolument impossible au législateur de tout prévoir et de faire œuvre complète.

Obligés cependant de dire le droit, — *jus respondere,* — l'interprète et le juge sont amenés à faire *des analogies plus ou moins adéquates* pour compléter le texte des lois écrites; et le procédé d'assimilation contractuelle est un de leurs moyens favoris. Ainsi, par exemple, si la loi s'est occupée de la capacité de la femme mariée, de la responsabilité civile des notaires, si elle contient des dispositions applicables aux accidents survenus à des ouvriers dans l'exécution du contrat de travail, ou à des voyageurs liés par un contrat de transport, et aussi à ce que l'on appelle aujourd'hui du nom générique de contrat d'entreprise, elle n'a pas cependant expressément prévu et nettement réglementé toutes ces situations sous leurs diverses formes. Alors, le devoir du juge et de l'interprète n'est-il pas d'essayer de compléter les réglementations légales en s'aidant des catégories contractuelles existantes ? Nous allons voir comment ils ont procédé, et dans quelle mesure ils ont réussi.

1° *Le Pouvoir Ménager de la Femme mariée*

Il est un pouvoir qui paraît revenir tout naturellement à la femme mariée, c'est le pouvoir ménager ou domestique, celui qui consiste dans la direction du mé-

nage et la gestion des intérêts domestiques (1). Or, le Code civil ne l'ayant nullement prévu lorsqu'il a réglé la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée, il y avait lieu de relever celle-ci de son incapacité. Et on n'a trouvé rien de mieux que *la construction d'un mandat tacite donné par le mari à sa femme* (2).

Sans doute, nous admettons volontiers que la femme mariée agisse comme mandataire de son mari dans les cas où celui-ci a manifesté de façon expresse ou même tacite non douteuse sa volonté de donner mandat à sa femme. Mais la présomption de volonté du mari a des limites et ne saurait être admise pour tous les actes généralement quelconques faits par une femme mariée.

En fait d'abord, il est véritablement excessif de continuer à affirmer l'existence d'un mandat tacite au cas de séparation violente des époux, soit que le mari ait renvoyé sa femme du domicile conjugal, soit qu'il ait lui-même abandonné ce domicile, et de considérer que le mari est toujours obligé par sa femme, alors qu'il a voulu n'avoir plus avec elle aucune espèce de rapport. Et même au cas où les époux vivent en bonne intelligence, le concept de mandat tacite nous paraît en fait une fiction et une fiction dangereuse, car elle méconnaît le pouvoir domestique que la femme mariée tient et de la nature et des mœurs modernes (3) et que

---

(1) Sur toute cette importante matière, voir surtout: Pierre Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, thèse, Nancy, 1904.

(2) On sait qu'il existe une sorte de mandat légal et tacite du mari, basé sur les articles 1539, 1578 et 1408, al. 2, du Code civil, pour administrer les propres de la femme séparée, ou les paraphernaux de la femme dotale, et même pour lui acquérir de nouvelles parts d'un fonds dont elle est copropriétaire indivise sous le régime de communauté. Cons. Perreau E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé, op. cit.*, 1923, t. II, p. 30.

(3) Cf. Jean Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, thèse Paris, 1905, p. 215. — La fiction, comme l'écrivent MM. Colin et Capitant, a été imaginée par les jurisconsultes pour sup-

les législations étrangères ont été obligées de lui reconnaître. Car, comme l'a écrit M. Saleilles: « C'est un Et on n'a trouvé rien de mieux que la construction d'un théorie qui s'écarte du droit naturel et consacre injustement l'infériorité de la femme, en ne lui reconnaissant, dans les choses où la Providence lui a donné une supériorité manifeste, qu'une capacité communiquée... On confond l'association commune avec la volonté d'un seul » (1).

Il y a plus, au point de vue du droit, la fiction de mandat nous paraît aussi inadmissible. Le jour où le législateur se décidera à accorder à la femme mariée des pouvoirs plus grands dans la direction du ménage, elle agira en vertu de la volonté expresse du législateur, et le mandat tacite du mari n'aura plus aucune raison d'être. Et même, dans son état actuel d'incapacité et de subordination, le mari, pouvant toujours interdire à sa femme de le représenter, ne devrait pas être obligé davantage par elle; et ainsi le mandat tacite se trouve encore manquer de base suffisante.

Il est vrai, la jurisprudence a atténué elle-même, dans une certaine mesure, la théorie du mandat tacite, en admettant *la réduction des obligations excessives* qu'il permettait à la femme de contracter (2). Le mandat tacite aurait nécessairement des limites en dehors desquelles la femme serait considérée comme non mandataire et ne pourrait en conséquence engager le ménage, de sorte que le mari ne serait obligé envers les fournisseurs que dans la mesure où la femme aurait

---

primer l'opposition qui se manifestait sur ce point entre les principes du droit et les habitudes sociales, et mettre d'accord le Droit et la réalité. Colin et Capitant, *Cours élém. de dr. civil français,* t. II, p. 143.

(1) Saleilles, *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1902, n° 2, p. 149.

(2) Cf. Perrin, thèse précitée, p. 207 et suiv.

reçu mandat de lui. Mais ce qui prouve, ici encore et malgré tout, l'insuffisance absolue de cette théorie, c'est que, lorsque la jurisprudence réduit des engagements excessifs de femme mariée, elle applique les principes et les dispositions de l'article 484 du Code civil relatives au mineur émancipé, en accordant une importance capitale à la bonne ou mauvaise foi des tiers, à leur complicité, et même à leur simple imprudence. L'étendue du mandat est ainsi recherchée dans l'attitude des tiers et non uniquement dans les intentions réelles ou vraisemblables du mandant ; le juge s'inspire donc avant tout des sentiments d'équité et de justice sociale, et la fiction de contrat de mandat ne se maintient ici encore qu'au prix de perpétuelles contradictions (1).

Aussi pensons-nous que, lorsque la femme mariée agit pour les besoins quotidiens de la famille, il y aurait un réel intérêt, à l'instar des législations étrangères récentes, à substituer le principe du *mandat légal* à l'idée ancienne de mandat tacite (2) qui, le plus souvent, n'existe que dans l'imagination de l'interprète et du juge, ou même à reconnaître légalement à la femme un *pouvoir propre de gestion* dans l'association conjugale. Il faudrait poursuivre l'œuvre amorcée par la pratique administrative des Caisses d'Epargne, par les lois du 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage et du 12 juillet 1909 sur la constitution de biens de famille insaisissables (3), et aboutir

(1) Cf. M. Tissier, *Bulletin de la Soc. d'études législ.*, 1902, I, p. 33.

(2) Cf. Perrin, thèse citée.

(3) Sur l'application par les Caisses d'épargne des lois du 9 avril 1881 (art. 6) et du 20 juillet 1895 (art. 16), voy. J. Charmont, *Les transformations du droit civil*, Armand Colin, Paris, 1912, p. 100-105. Sur la loi du 13 juillet 1907, voy. *ibidem*, p. 105-112; cette loi a d'ailleurs été complétée et précisée par deux lois, du 19 mars 1919 et du 8 juin 1923.

à un système semblable à celui du Code allemand qui, dans son article 1356, consacrant le principe du mandat légal, institue ce qu'il appelle le *Pouvoir des clefs* « *Die Schlussel-gervalt* », ou même reconnaître purement et simplement le pouvoir propre et indépendant de la femme à l'intérieur du ménage, à l'exemple des dispositions du Code civil suisse du 10 décembre 1907. Il est, en effet, plus conforme à l'équité et à la vérité de rejeter les artifices inutiles, d'abandonner les détours compliqués que l'on risque d'être tenté de prendre pour des voies directes, et d'adopter des solutions plus franches basées sur les réalités morales et sociales.

En Suisse et en Allemagne, le législateur a fait preuve, a dit M. Saleilles, d'une bonne volonté visible en faveur de la femme; il devrait en être de même en France (1), et alors tout concept artificiel de pure construction contractuelle pourrait être définitivement éliminé.

2° *La Responsabilité civile des Notaires*

La responsabilité des notaires, sous ses diverses formes, disciplinaire, pénale et civile, a fait l'objet d'un certain nombre de textes légaux (2), et l'on sait que leur responsabilité civile dans l'exercice de leur profession est de deux sortes: contractuelle et délictuelle. Quand le notaire est tenu en vertu d'une responsabilité

---

(1) Cons. à ce sujet: Fr. Gény, *Sc. et tech., op. cit.*, t. III, n° 226, p. 250-256; J. Charmont, *Les transf., op. cit.*, p. 90-91; Perrin, thèse citée, p. 215; Binet, thèse citée, *passim.*

(2) On sait que les notaires ont trois sortes de responsabilités: disciplinaire, pénale et civile. Pour les responsabilités pénale et disciplinaire, voy. les textes: *pour la resp. disciplinaire:* loi 25 ventôse an XI, art. 50 à 54; ordonnance du 4 janvier 1843; décret du 30 janvier 1890; — *Pour la resp. pénale:* faux en écriture, art. 145 à 147 Code pénal; secret professionnel, art. 23 de loi 25 ventôse an XI, et art. 378, C. pénal: banqueroute, art. 402 C. pénal et 584 à 593, C. commerce.

délictuelle (art. 1382), c'est à la partie lésée à prouver la faute du notaire ; quand il est tenu en vertu d'un contrat passé avec son client, il est présumé responsable, sauf preuve du contraire par lui, car alors il a pris l'engagement de conduire l'affaire à bonne fin. Or, ce contrat, qui est un contrat de mandat peut, d'après la jurisprudence, être exprès ou tacite ; et précisément il nous semble excessif de pousser trop loin la responsabilité en vertu d'un mandat tacite, car c'est faire appel à la fiction qui risque d'étendre abusivement la responsabilité notariale. Pour mieux préciser notre pensée, nous envisagerons successivement trois hypothèses.

A. — Quand le notaire a accepté un *mandat exprès* des parties et en conséquence a agi comme *véritable négociateur,* se constituant spontanément l'entremetteur des parties, sa *responsabilité contractuelle* est, sans aucun doute, engagée vis-à-vis des personnes qui se trouvent lésées par les conséquences fâcheuses de l'opération. Cette responsabilité est particulièrement nette dans les obligations hypothécaires pour prêt, dont le notaire a été lui-même l'instigateur (1).

B. — Lorsque le notaire est *le simple rédacteur des conventions des parties,* auxquelles il confère l'authenticité sur leur réquisition, après qu'elles les ont arrêtées directement entre elles, le notaire joue un rôle absolument passif, et il ne devrait encourir aucune responsabilité, car il n'est que l'instrument de la volonté de ses clients, et il n'a point pour mission d'indiquer ni

(1) Cf. les nombreux arrêts rapportés dans le *Journal de notariat Amiaud,* n° 20 du 25 octobre 1921, p. 307, et notamment les arrêts de la Cour de Cassation : 20 octobre 1882 ; 29 décembre 1882 ; 31 octobre 1885 ; 2 mai 1892, D. 93-1-316 et S. 92-1-304 ; 19 juillet 1892, D. 93-1-151 ; 19 octobre 1897 (*J. du Not.,* p. 791) ; 3 avril 1901 (*J. du Not.,* p. 729) ; 25 octobre 1905 (*J. du Not.,* p. 777 et la note) ; 9 janvier 1907 (*J. du Not.,* p. 408) ; 28 octobre 1908 (*J. du Not.,* p. 794) ; 9 mai 1916 (*J. du Not.,* p. 265 et dissertation de M. Bonnet).

de surveiller les précautions ou garanties qu'exigent ordinairement les conventions conclues d'après ses conseils (1). Et cependant, d'après la jurisprudence la plus récente, le notaire ne peut stipuler l'immunité de ses fautes et doit assurer la validité des actes reçus dans tous les cas, sauf à se faire donner une décharge spéciale de sa responsabilité en dehors des actes (2). *La responsabilité est alors délictuelle* en vertu de l'article 1382 du Code civil.

C. — Mais il y a des cas nombreux où le notaire n'a pas reçu de mandat exprès et n'a commis aucune faute délictuelle. La jurisprudence déduit des faits, de certaines circonstances, ou même de simples présomptions, l'existence d'un *mandat tacite* et crée ainsi une *responsabilité fictivement contractuelle* (3). Elle suppose que le notaire a agi en qualité de mandataire alors qu'il n'en est rien, et de cette façon elle le déclare civilement responsable. Quand, par exemple, un notaire a indiqué à un de ses clients, qui lui demandait de lui procurer un placement, un emprunteur avec lequel il l'a mis en rapport, et que ce notaire rédige ensuite les conventions des parties, qui se sont entendues préalablement entre elles, il ne devrait pas être question de mandat tacite donné au notaire ni même de mandat

---

(1) *Pour la doctrine*, cf. Eloy, *Respons. not.*, n° 78 et s.; — Bonnet, *Resp. not.*, n° 27; — Defrenois, *Tr. Form.*, v° Resp. des notaires, n° 495; — Amiaud, *Traité form.*, v° Notaire, Respons., n° 197 et suiv., 426 et suiv.; — *Dict. Not. et suppl.*, 4e édit., v° Respons. des notaires.

Pour la jurisprudence: cf. Cass., 16 juillet 1890, D. 1891-1-335; Cass., 24 juin 1902, S. 1903-1-40; 23 juin 1904, S. 1905-1-315; 22 avril 1912, P. et S., 1913-1-7.

(2) Cf. Cass., 21 juillet 1921, *Journ. du Not. Amiaud* du 10 février 1922, p. 35 à 37; et Cass., 6 juillet 1922, *Journ. du Not.* du 25 février 1923, p. 88 et 89.

(3) Sur les mandats tacites des notaires et, en général, les mandats présumés à raison de la profession du mandataire, cons. Perreau E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé, op. cit.*, 1923, t. II, p. 32 et suiv.

légal (1); et cependant, pour la jurisprudence, il y a mandat tacite, et ce mandat peut même résulter de ce fait que le notaire a traité seul avec l'emprunteur sans le mettre en relation avec le prêteur (2). Certains arrêts estiment que le mandat tacite existe par cela seul que le client est illettré et incapable de s'occuper de ses intérêts (3). Nombreuses aussi sont les décisions qui l'admettent pour les diverses suites à donner aux actes et toutes les formalités qui ont pour but d'assurer leur efficacité et leur exécution (transcription, inscription, radiation, subrogation, publicité)... (4) Mais il sera souvent difficile de savoir si le notaire a bien reçu un mandat tacite, et la distinction des cas où il pourra être considéré comme mandataire et de ceux où il ne pourra pas l'être peut se trouver souvent très arbitraire.

Sans doute, quand l'existence du mandat tacite peut être légalement établie, le notaire doit être déclaré responsable, soit de ne pas avoir accompli le mandat, soit de l'avoir mal rempli. Mais « nous ne saurions trop critiquer le système qui prétend déduire le mandat, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit, des faits et circonstances les plus insignifiants ». D'ailleurs, ce n'est pas tant le principe du mandat tacite que nous rejetons, que l'abus et l'extension excessive qu'on en fait. Nous dirons, avec Eloy, que nous repoussons « comme illégal, injuste et comme prêtant à la mauvaise foi » (5), comme « contraire aux

---

(1) Cf. les nombreux arrêts cités dans *Traité Form. du Notariat Amiaud*, 4e édit., t. III, p. 24, note 2.

(2) Cf. Bordeaux, 12 février 1890, D. 2-198; — Agen, 28 janvier 1891, D. 92-2-79.

(3) Cf. Lyon, 20 mars 1900, D. 1901, rép.; Rennes, 21 février 1893, Sirey, 1895, 2e p., p. 103.

(4) Cf. les nombreux arrêts rapportés dans *Traité et Form. du Not.*, Defrénois, t. VI, de 1914, p. 61 et 62, n° 12.869 et 12.870, et t. I de 1907, 10e édit., p. 258 et 259, n° 429 et 430.

(5) Cf. *Traité Form. Amiaud, op. cit.*, t. II, 4e édit., p. 670, n° 166.

principes, en raison de son exagération, la doctrine qui, considérant le notaire comme un mandataire légal voudrait le rendre responsable de toutes les conséquences de l'acte comme s'il s'agissait d'un mandat conventionnel...; car, faire du notaire en matière de placement, un mandataire légal pour tout ce qui concerne les suites de l'acte, c'est confondre deux caractères bien distincts; c'est transformer l'officier public en agent d'affaires légal; c'est aussi fausser le principe de l'imputabilité de la faute et de la responsabilité, puisque légalement on le rend responsable sans qu'il y ait réellement préjudice causé par lui » (1). C'est pourquoi nous pensons tout simplement qu'en l'absence de tout mandat connaissable ou du moins vraisemblable, et aussi de toute faute délictuelle, les notaires ne sauraient être tenus que par les dispositions positives et nettes de la loi (2).

---

(1) Eloy, *op. cit.*, n° 785. Comp. Paul Pont, *Petits contrats*, t. I, n° 854; — Bonnet, p. 27; — Cauwès, note au *J. du pal.*, 1871, 2, 577; — Arnault, *Lect. sur le not.*, p. 87 et suiv.; — Stévenart, p. 18; — Cass, 19 octobre 1891 (*J. du Not.*, 1891, p. 713).

(2) *Le mandat tacite du notaire et celui de la femme mariée* ont ceci de commun que, lorsqu'ils s'éloignent trop de la réalité, ils deviennent invraisemblables et sont alors de pures fictions. On pourrait citer d'autres hypothèses, où le mandat tacite sert de procédé de construction du droit: le mandat tacite donné au *domestique* chargé des commissions nécessaires aux besoins quotidiens du ménage de ses patrons, le mandat tacite donné à l'*huissier* qui, après avoir été chargé d'une procédure d'exécution pour le recouvrement d'une créance, touche la somme et en donne quittance, ainsi que le mandat tacite donné aux *clercs d'officiers ministériels* de faire diverses opérations au nom de leurs maîtres ou encore le mandat tacite liant les *copropriétaires d'immeubles*. Mais il nous suffit d'avoir montré le rôle du mandat tacite dans deux des plus caractéristiques de ses applications sans qu'il nous paraisse nécessaire d'en donner de plus nombreux exemples. Sur tous ces mandats tacites, de construction jurisprudentielle, cons. Perreau E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé*, *op. cit.*, 1923, t. II, p. 30 et suiv.

3° *La Responsabilité Précontractuelle dans le contrat de Transport de Voyageurs*

La responsabilité précontractuelle (1), qui naît lors-de la formation des contrats, consiste dans une convention tacite et préalable de garantie entre les parties, sorte de contrat accessoire au contrat principal ou plutôt élément considéré comme constituant partie intégrante du contrat principal, mais reposant sur une fiction. En effet, chaque contractant pris isolément n'est pas libre de refuser l'exécution loyale de ses engagements, et, s'il doit répondre de toute faute et de tout dol, ce n'est pas en vertu de sa volonté, mais simplement en vertu de la règle de droit elle-même. Or, ces clauses tacites accessoires, on a voulu les insérer dans deux contrats spéciaux, le contrat de travail et le contrat de transport pour déterminer les responsabilités dans les cas d'accidents survenus aux ouvriers et aux voyageurs.

Nous rappellerons surtout pour mémoire, l'essai de constitution d'une responsabilité précontractuelle pour *le contrat de travail,* parce que la loi du 9 mars 1898 en a rendu l'application désormais inutile et que nous envisageons spécialement ici les situations non encore réglementées légalement. La responsabilité des patrons envers leurs ouvriers victimes d'accidents du travail, telle que voulaient la fonder, avant le vote de la loi du 9 mars 1898, de nombreux auteurs (2), M. Sainctelette

---

(1) Sur la responsabilité précontractuelle, voy. Saleilles, *L'obligation,* n° 1530; Respons. précontr., in *Rev. trim.*, 1907, p. 240; voy. aussi P. Roubier, *Essai sur la resp. préc.*, thèse, Lyon, 1911, p. 47 et suiv.; voy. également G. Morin, *Le crédit,* II le contrat, in *La vie juridique du Français, op. cit.*, p. 44-45.

(2) Voy. Sainctelette, *Respons. et garantie,* 1884; Sauzet, Resp. des patrons, in *Rev. crit.*, 1883. Voy. aussi, mais dans un sens plus modéré que M. Sauzet: Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière,* 1886; Labbé, note sous arrêt Gand, 18 juin 1887, Sirey, 1889, 4, p. 1; et aussi *Rev. crit. de lég.*, 1886, p. 448; Esmein, sous Cassation, 16 juin 1896, Sirey, 1897-1-17.

en Belgique, MM. Sauzet, Esmein, Labbé... en France, reposait sur une véritable fiction de contrat de garantie. *Le louage de services était assimilé au louage de choses,* et le patron était censé avoir pris l'engagement de rendre, à la fin du contrat, l'ouvrier valide comme il l'avait reçu (art. 1730 et 1731 du Code civil). D'où l'obligation à indemnité en cas d'accidents.

L'effort fait par ces auteurs pour fonder une responsabilité contractuelle était certes remarquable puisqu'il aboutissait à un renversement de la preuve qu'il mettait à la charge du patron, comme aussi était louable l'effort de MM. Saleilles et Josserand (1) pour créer la responsabilité légale délictuelle du fait des choses que l'on a sous sa garde, tant la nécessité sociale était grande de changer le régime individualiste du Code civil en la matière. Seulement la jurisprudence française n'a pas admis le système de la responsabilité précontractuelle, et la jurisprudence belge ne lui a fait qu'un demi accueil en reconnaissant le principe, mais sans décharger l'ouvrier de *l'onus probandi.* Et d'ailleurs la loi du 9 mars 1898, qui a institué la théorie objective du risque, a mis fin à l'intérêt de l'établissement d'une responsabilité contractuelle.

Mais si la théorie de la responsabilité contractuelle n'a eu aucun succès auprès de la jurisprudence française pour les accidents du travail avant la loi du 9 mars 1898, par contre cette forme de responsabilité est reconnue aujourd'hui pour *les accidents survenus aux voyageurs dans les transports par chemins de fer.*

La doctrine et la jurisprudence des Cours d'appel

(1) Voy. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile,* Paris, 1897, et auparavant, *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur,* 1894, p. 660; — Josserand, *De la respons. du fait des choses inanimées,* 1897.

s'étaient en général fixées assez rapidement en ce sens qu'elles admettaient la responsabilité précontractuelle basée sur l'article 1147 du Code civil (1) ; et la Cour de Cassation elle-même, par un arrêt important du 21 novembre 1911, s'est rangée à cet avis en renonçant à la responsabilité délictuelle qui obligeait le voyageur à prouver la faute du transporteur (2). *Elle assimile désormais le contrat de transport de personnes au contrat de transport de marchandises;* et, en conséquence, de même que le transporteur s'est engagé à restituer les marchandises dans l'état où elles lui ont été confiées, de même il est censé s'être obligé à conduire à destination les voyageurs sains et saufs tels qu'il les a reçus. Ainsi, le voyageur victime d'un accident n'a plus que deux choses à prouver: l'existence du contrat de transport et l'existence du dommage, sans qu'il ait à démontrer que l'accident a sa cause dans le fait même du transport, car cela équivaudrait le plus souvent à l'obliger à prouver la faute du transporteur; sauf, bien entendu, au transporteur à démontrer la faute du voyageur, ou la force majeure ou le cas fortuit.

On a sans doute objecté que l'assimilation des deux

---

(1) *Pour la jurisprudence* avant 1911, voy. notamment les arrêts de la Cour de Cassation: Civ., 10 nov. 1884, D. P. 85-1-433, avec note de M. Sarrut; S. 85-1-129, avec note de M. Lyon-Caen; Req., 1er mai 1899, D. P. 99-1-558; S. 99-1-524. — *Pour la doctrine,* voy. outre les notes sus mentionnées de MM. Sarrut et Lyon-Caen, les notes de M. Lyon-Caen au Sirey, 1912-1-73; Labbé, notes au Sirey, 1894-2-57; Esmein, notes au Sirey 1897-1-17 et 1900-2-57; Desjardins III, n° 874; Danjon III, n° 927; Jacob I, n° 497; Comp. Thaller *Tr. él. de dr. com.,* 1886, p. 127, et Josserand, *Les Transports,* n° 870 et suiv.

(2) Pour la nouvelle jurispr. de la Cour suprême, voy.: Civ., 21 nov. 1911, D. P. 249; S. 1912-1-73 et note de M. Lyon-Caen; — 27 janvier et 21 avril 1913, D. P. 1913-1-249 et note de M. Sarrut; S. 1913-1-177 et note de M. Lyon-Caen; — Req., 28 juin 1916 et Civ., 6 février 1917, D. P. 1917-1-35; — Req., 12 avril 1918, *Gaz. Trib.,* 19 avril 1918; — Enfin un arrêt plus récent, dont nous n'avons pas la référence, a été rendu par la Ch. civile au début de l'année 1922.

contrats de transport était inexacte et que l'article 1784 du Code civil ne pouvait s'appliquer, car le voyageur, n'étant pas une matière inerte, n'a pas besoin d'être surveillé par les agents de la Compagnie et peut pourvoir lui-même à sa sécurité. Mais il est banal de faire remarquer que, dans les trains rapides, les voyageurs ressemblent fort à des marchandises, leur initiative se trouvant bien réduite. Et, ce qui prouve que la Cour de Cassation avait fini par se rendre compte que le fondement délictuel de la responsabilité du transporteur était inexact, c'est qu'elle en était venue avant 1911 à admettre un grand tempérament à son principe, en reconnaissant une responsabilité très large des Compagnies et qu'elle considérait même parfois la preuve de cette responsabilité toute faite par les voyageurs.

Nous ne saurions qu'approuver cette jurisprudence novatrice qui, dans le silence du Code, insère d'office dans les contrats de transport de personnes une *clause tacite de responsabilité,* car elle nous paraît juste et équitable. Et cependant, nous croyons qu'il y aurait intérêt à donner au plus tôt droit de cité dans nos Codes à la solution à laquelle aboutit cette responsabilité contractuelle, afin qu'elle devienne une *obligation vraiment légale* et ne soit plus imposée au voiturier en vertu d'une simple fiction de contrat.

Comme l'a écrit M. Saleilles, lorsqu'il s'occupait de la responsabilité patronale dans les accidents du travail: « Au fond, on attribue à la volonté des parties ce que l'on considère comme la volonté ou le désir de la loi... S'il en est ainsi, il faut être franc; il faut déclarer nettement que les parties ont pu ne pas savoir ou ne pas vouloir répartir les risques dans le sens des exigences de la justice sociale, peu importe. *Si la justice*

l'exige, la loi le leur impose: obligation légale » (1). Sans doute, certains juristes voudraient pouvoir dire: la responsabilité du transporteur est juste parce qu'elle a été voulue, mais il faut se résigner à dire: elle existe, uniquement parce qu'elle est juste (1). Et, d'ailleurs, il y aurait peu de chose à faire pour compléter en ce sens nos articles 1784 du Code civil et 103 du Code de commerce et les rendre semblables à l'article 4 de la loi belge du 25 août 1901 (titre 7 *bis* du Code de commerce belge), qui dispose ainsi: « Le voiturier est responsable de l'avarie ou de la perte de la chose, *ainsi que des accidents survenus aux voyageurs,* s'il ne prouve que les avaries, la perte ou les accidents proviennent d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. »

4° *Le Contrat d'Entreprise*

Ce contrat, par lequel une personne appelée entrepreneur se charge de faire pour une autre un travail déterminé, moyennant un prix fixé d'avance, nous paraît avoir été ramené par erreur dans le Code civil au cadre du *louage de travail,* dont il diffère par le mode de rémunération, celle-ci n'étant pas proportionnelle au temps employé. Il constitue un contrat particulier dont le Code civil ne contient que deux applications spéciales, — entreprise de transport (art. 1782 à 1785), et entreprise de construction de bâtiments (art. 1792 à

---

(1) Saleilles, *Les accidents du travail et la resp. civile,* 1897, p. 22. Voy. aussi, Saleilles, *L'obligation,* 2e édit., 1901; E. Lévy, Resp. et Contrat, in *Rev. crit.,* 1899, p. 370 et suiv.; Planiol, *Tr. él. de dr. civ.,* t. II, 7e édit., 1917, n° 1856-1857.

Comp. G. Morin, Le Crédit, II, Le Contrat, *op. cit.,* p. 45: « Les négociations préliminaires des contrats... peuvent être créatrices d'objets de droit, toujours en vertu de cette idée que le seul fait de se mettre en rapports d'affaires avec quelqu'un implique une responsabilité virtuelle, responsabilité qui est une pure obligation légale, imposée par le droit, sur le fondement de l'équité ».

1794). — Aussi, le mot *entreprise* est le seul qui ait une portée générale et une valeur technique, faisant nettement ressortir la particularité de ce contrat, et donc l'impossibilité d'en faire simplement un cas de louage comme l'ont fait les législations modernes, copiant trop servilement à cet endroit la classification traditionnelle venant du droit romain (1).

Il y a plus. Si, pour le législateur de 1804, le contrat d'entreprise est un pur louage quand l'ouvrier ne fournit pas son travail, il est *une vente de chose une fois faite* quand l'ouvrier fournit en même temps la matière (2). Or, cette conception, qui est adoptée par une certaine jurisprudence, nous paraît encore inexacte, et nous croyons, avec M. Planiol, que le contrat devient alors une *opération mixte, juxtaposant la vente et l'entreprise* (3), et donc constituant une convention encore plus « *sui generis* ». En effet, lorsque la création de la chose future, qui forme l'objet de la vente, n'est pas l'effet d'un phénomène naturel ou du travail d'un tiers, mais du travail de l'entrepreneur lui-même, le contrat comprend outre la vente, la rémunération à forfait d'un travail à effectuer (4).

Le moins qu'on puisse dire du contrat d'entreprise (5)

---

(1) Cf. Planiol, *Traité él. de dr. civ.*, t. II, 1917, n° 1898 et 1899, p. 610 et 611.

(2) Cf. l'art. 1787 dans les deux alinéas complémentaires prévus par le projet du Code civil et supprimés uniquement parce que le Tribunal jugea inutile d'énoncer une règle qu'il considérait comme de pure doctrine (Fenet, XIV, p. 233, 289).

(3) Voy. par ex.: Civ. cass. et Civ. req., 18 octobre 1911, D. P., 12-1-123, avec note de M. Planiol; S. 12-1-449, avec note d'E. Gaudemet.

(4) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 1902, p. 612.

(5) Le contrat d'entreprise se complique souvent de *sous-entreprise et de marchandage*, autant de nouvelles conventions distinctes. Il y a *sous-entreprise*, quand l'entrepreneur général traite avec des entre-

c'est qu'il se trouve insuffisamment réglementé par le Code civil; et, en l'absence de textes précis et complets, on se trouve réduit à suppléer aux erreurs et aux lacunes de la loi, par des assimilations à divers contrats nommés ou par des constitutions de contrats sui generis.

Ici, comme dans les autres situations que nous venons d'examiner, une intervention légale serait souhaitable pour mettre au point une réglementation qui est, tout au moins partiellement, l'œuvre de la jurisprudence et de la doctrine.

§ 3. — LES SITUATIONS NON ENCORE PRÉVUES ET NON EXPRESSÉMENT RÉGLEMENTÉES PAR LA LOI

Enfin, il existe, dans la vie juridique contemporaine, de nouvelles conventions assez inattendues parfois et en tout cas assez complexes, telles que les cessions à tempérament, les contrats d'édition, de coffre-fort, de report, de généalogie..., et que l'on a naturellement tendance à vouloir couler dans les moules tout faits de nos catégories de contrats nommés.

Et, au fait, pourquoi la chose ne serait-elle pas possible pour les conventions qui se plient de gré à cette assimilation? Et pourquoi ne serait-elle pas permise pour les conventions auxquelles c'est momentanément le seul moyen d'accorder droit de cité immédiat dans l'enceinte juridique? Mais, s'il est vrai que la plupart

---

preneurs spécialisés pour la confection de chaque catégorie particulière de travail à accomplir; et il y a *marchandage* quand chacun de ceux-ci confie à son tour l'exécution de tel ou tel travail à un maître ouvrier, appelé marchandeur ou tâcheron, qui a lui-même des ouvriers sous ses ordres. Pour les difficultés auxquelles donne lieu le marchandage, voy. le décret du 2 mars 1848, les décrets Millerand du 10 août 1899, et l'arrêt de la Cour de Cass. du 31 janvier 1901 (D. 1901-1-169, P. 1901-1-99, S. 1902-1-157) en attendant le vote par le Sénat du projet de loi du 18 nov. 1908 déjà voté par la Chambre des Députés le 17 mars 1910.

des opérations juridiques nouvelles se présentent sous une forme complexe et que l'on puisse au besoin les décomposer en un certain nombre de contrats traditionnels, la question se pose inévitablement de savoir si véritablement elles ne constituent pas *des conventions à figures propres et indépendantes* et s'il ne serait pas préférable d'en faire définitivement *des contrats sui generis.* C'est ce que nous allons voir par l'examen de quelques-unes des principales de ces conventions.

1° *Les Cessions à Tempérament*

Ces conventions, que l'on désigne d'ordinaire sous le nom inexact de ventes à tempérament, sont d'une nature complexes, car elles impliquent *un mélange de vente et de louage de choses* (1).

Sortes de ventes à crédit, qui permettent aux classes les moins fortunées d'acquérir des objets assez coûteux, des meubles en général, en payant d'ordinaire une partie du prix comptant, et en se libérant du solde par fractions égales, minimes et échelonnées sur une période de temps assez longue, elles se compliquent de contrat de location des choses vendues. Ce contrat de location engendre le paiement d'une sorte de loyer, appelé prime de location, invariable jusqu'à complet désintéressement du vendeur, et qui retarde la transmission réelle et proprement dite de la propriété jusqu'au jour où le prix de vente est entièrement soldé. Il est même convenu, en général, qu'à la moindre défaillance de l'acquéreur dans le paiement d'un seul

---

(1) Voy. par exemple: P. Hardoin, *La vente à tempérament*, thèse, Paris, 1900; J. Cauvière, *Un prétendu cas de vente à tempérament*, in *Annales de droit commercial*, 1902, t. XVI, 1re partie, p. 49-56. — P. Sumien et J. Acher, deux études sur « La réserve de propriété au vendeur de meubles dans les ventes par mensualités », in *Annales de droit commercial*, 1904, t. XVIII, p. 247-266. — Voy. aussi Cass. civ., 22 décembre 1909, S. 1910-1-191 et la note.

terme, le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose, tout en conservant néanmoins toutes les sommes qu'il a touchées.

Cette convention contient donc un mélange indissoluble de deux contrats spéciaux, un contrat de louage de choses, et un contrat de vente (1), celui-ci se présentant sous forme de vente à terme ou de vente avec condition suspensive (2), et différant en général du bail avec promesse de vente. Ces deux contrats sont intimement unis et dépendants l'un de l'autre à tel point que si, provisoirement, on les soumet aux règles des catégories auxquelles ils correspondent, on ne pourra néanmoins leur élaborer une réglementation propre et précise qu'en les considérant comme constituant par leur association *une convention nouvelle sui generis.*

2° *Le Contrat d'Edition*

Le contrat d'édition n'a fait l'objet d'aucune réglementation légale; aussi la détermination de sa nature juridique est-elle l'objet de multiples controverses (3).

D'une façon générale, comme ce contrat consiste dans une entente entre l'auteur et l'éditeur en vue de la pu-

---

(1) En matière commerciale, les ventes à tempérament de valeurs à lots, étaient compliquées avant la loi du 12 amrs 1900, de *contrats de gage* que cette loi est venue prohiber (art. 4).

(2) Voy. Crim. Cass., 19 juin 1903, D. 1905-1-486 et, sur renvoi, Orléans, 1904, D. 1905-2-414.

(3) Voy. notamment: Em. Eisenmann, *Le contrat d'édition*, Paris, 1894 (mémoire lu à l'Académie des sciences morales). — Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 1894, 2e édit., n° 287 à 357. — Harmand, *Bulletin du Comité de travaux historiques* (section économique), 1894, p. 153 et suiv. — P. Rudelle, *Des rapports juridiques entre les auteurs et les éditeurs*, thèse, Paris, 1897. — Fr. Dupont-Rougier, *Du contrat d'édition*, thèse, Paris, 1907.

Pour la jurisprudence, voyez: Trib. comm. Seine, 4 juin 1896, D. P. 98-2-73, avec note de J. Valéry; S. 99-2-217, avec note de A. Esmein.

Pour les législations étrangères, voy.: Loi allemande du 19 juin 1901; art. 372 du Code fédéral suisse des oblig.; art. 1164 du Code civil autrichien, art. 515 du Code de comm. hongrois.

blication d'une œuvre intellectuelle, il suppose une collaboration et constitue *une sorte d'association.* Mais comme il peut se présenter sous deux formes différentes, suivant que la propriété de l'ouvrage reste à l'auteur ou passe à l'éditeur, *il paraît se rapprocher tantôt de l'entreprise et tantôt de la vente.* On a été aussi jusqu'à tenter de l'assimiler au louage de choses (1).

On voit donc ici encore la tendance, comme l'a écrit M. Esmein, « à ramener les contrats nouveaux à l'un de ceux qui sont prévus et réglementés par la loi et à appliquer les règles qu'elle édicte » (2), plutôt que d'admettre la création de catégories contractuelles nouvelles, conformément au grand principe de la liberté des conventions.

3° *Le Contrat de Coffre-fort*

Ce contrat (3), quoique d'usage récent, nous paraît être celui qui peut le plus facilement être rattaché à un type de contrat déjà réglementé, *le contrat de louage de choses.*

Et cependant, si la jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens (4), il n'en a pas toujours été ainsi, puisque on a parfois voulu voir dans cette convention, sinon uniquement un dépôt, du moins *un mélange de louage et de dépôt,* et puisque la question a pu se poser de

---

(1) Cf. Em. Eisenmann, *Le contrat d'édition,* Paris, 1894, *op. cit.*

(2) Esmein, dans sa note sous l'arrêt précité du Trib. comm. Seine, 4 juin 1896, au Sirey, 1899-2-217.

(3) Sur *le contrat dit de coffre-fort,* cons. notamment: Maurice Leven, *Les cases de coffres-forts devant la loi,* in *Annales de dr. comm.,* 1903, p. 844 et suiv. — Schatz, *La location des coffres-forts,* thèse, Paris, 1903. — Jules Valéry, *Traité des coffres-forts,* Paris, 1905. — Lescœur, *Les coffres-forts et le fisc,* 1911.

(4) Cons. notamment: Cour de Paris, 19 mars 1902, Sirey, 1905-2-58-63. Dissertation de M. Wahl, Sirey, 1905-2-58, note 5-15. — Comp. aussi Trib. Seine, 14 février 1923, jugement rapporté dans *Journal du notariat Amiaud* du 25 août 1923, n° 16, p. 382-386.

savoir si les créanciers du locataire d'un coffre-fort pouvaient former une saisie-arrêt sur les titres et valeurs qui y sont placés. Mais il est maintenant reconnu que, pour que la saisie-arrêt soit possible, il faut que le tiers saisi soit réellement débiteur des sommes saisies-arrêtées, à titre de dépositaire par exemple (1), condition qui ne se rencontre pas en la personne des banquiers qui louent des coffres-forts, car leurs clients en conservent seuls la libre disposition; les banquiers n'ayant d'ailleurs pas à connaître le détail des objets déposés ni à en délivrer de récépissé comme au cas de véritable contrat de dépôt, car la remise de choses au dépositaire, qui est l'élément essentiel du contrat de dépôt, n'existe pas dans l'espèce qui nous occupe (2).

On peut donc sans inconvénient considérer cette convention comme rentrant dans le cadre préétabli du contrat de louage de choses d'une façon naturelle.

4° *Le Contrat de Report*

Ce contrat (3) consiste, on le sait, dans l'opération par laquelle un acheteur à terme, le jour de la liquidation, revend au comptant les titres que lui a livrés son vendeur à une troisième personne, capitaliste ou banquier, et les lui rachète à terme pour le mois suivant.

On avait pensé que cette opération constituait *un prêt sur gage* dans lequel le reporteur jouerait le rôle de prêteur, et le reporté celui d'emprunteur, les titres formant le gage, le prix du marché au comptant consti-

---

(1) Sur ces sortes de saisies-arrêts, voy.: Trib. civ. Seine, 7 novembre 1900, D. 1901-2-441; Pand. fr., 1903-2-60. — Montpellier, 19 mars 1901, D. 1902-2-25 avec note de M. Jules Valéry; Pand. fr., 1904-2-337 en note. — Paris, 1er juillet 1903, S. 1905-2-57. — Trib. de Montpellier, 27 septembre 1910, D. 1911-2-321.

(2) Voy. Cour de Paris, 19 mars 1902, S. 1905-2-58.

(3) Voy. notamment, sur *le contrat de report:* Crépon, Rapport précédant Civ. Cass., 1er mars 1897, dans Sirey, 97-1, p. 221-224, et J. Pal., 1897-1-220; Pand. fr., 1897-1-377.

tuant la somme à rembourser et la différence entre les deux prix le montant de l'intérêt (1).

Mais si le report a pour le reporteur les avantages d'un prêt sur gage, on s'accorde néanmoins à reconnaître en général aujourd'hui que sa vraie nature juridique s'analyse en *la réunion d'une vente au comptant suivie d'un rachat à terme,* car le reporteur n'est pas tenu de conserver les titres pour les restituer comme le prêteur, il peut au contraire en disposer sauf à rendre au reporté un nombre de titres semblables (2).

Le contrat de report, à la différence du contrat dit de coffre-fort, constitue donc incontestablement *une opération mixte* contenant deux conventions différentes.

5° *Le Contrat de Généalogie*

Le contrat de généalogie (3) est celui par lequel un généalogiste ou chercheur de succession s'oblige à révéler un héritage à une personne qui l'ignore, moyennant l'engagement pris par celle-ci de payer, pour prix de la révélation, soit une somme fixe, soit le plus souvent une quotité de ce qui lui reviendra, tout en reconnaissant formellement qu'elle ne s'attendait nullement à pareille aubaine, parce qu'elle ignorait le défunt ou parce qu'il existait de nombreux héritiers plus proches.

Or, la jurisprudence a fini par reconnaître que cette convention ne consistait pas seulement en *un mandat,* mais, au moins pour partie, en *la vente d'un secret,* la révélation de la succession (4). D'où la tendance alors

---

(1) Cf. MM. Lyon-Caen et Renault, qui rappellent cette opinion dans leur *Manuel de Droit commercial,* Paris, 12e édit., 1918, n° 846, p. 704.

(2) En ce sens: MM. Lyon-Caen et Renault, *ibidem.*

(3) Voy. surtout, Perrin, thèse citée, p. 190 à 203.

(4) Voy. notamment: Paris, 12 mars 1894, Sirey, 94-1-19; Trib. Nevers, 13 mars 1905, S. 1906-2-219. — Rouen, 15 mai 1905, S. 1909-2-207. — Lyon 1er mai 1911, S. 12-2-243.

naturelle de vouloir faire rentrer cette convention nouvelle dans les cadres des deux contrats du Code : le mandat et la vente.

Mais n'est-il pas plus juste de considérer le contrat de généalogie comme une *convention autonome* ? Sa validité et la réduction des salaires excessifs qu'il comporte n'auraient certainement pas été aussi âprement discutées s'il pouvait se décomposer en deux contrats aussi simples. Comme l'a écrit M. Perrin : « Nous devons résolument nous rallier à la majorité de la jurisprudence des cours et des tribunaux, d'accord avec les décisions belges et italiennes... Non, la convention de révélation de succession n'est pas seulement un mandat, mais *un contrat sui generis ou mixte...* » (1)

Enfin, les contrats à constitution complexe que nous venons d'examiner ne sont évidemment pas les seuls, et on pourrait au besoin en citer un certain nombre d'autres, et notamment ceux qu'indique M. Planiol lui-même comme réunissant aussi dans une même convention deux ou plusieurs opérations classées et nommées qui pourraient se faire séparément : le contrat d'hôtellerie, et le contrat de théâtre (2).

Le *contrat d'hôtellerie* (3), qui serait le plus bel exemple de contrat complexe, puisqu'il grouperait à lui seul : une location de chose pour la chambre, un louage d'ouvrage pour les services du personnel, une sorte de vente pour les diverses fournitures — repas, chauffage..., — et un dépôt pour les bagages.

---

(1) Perrin, thèse citée, p. 201, et les arrêts par lui cités : Paris, 17 mai 1867, *J. Pal.*, 68, p. 85, S. 68-2-5. — Courtrai (Belgique), 22 juillet 1892, *La Loi*, 1892, p. 538. — Paris, 12 mars 1894, *La Loi*, 1894, p. 465.

(2) Planiol, *Traité él. de dr. civil*, t. II, n° 1352 *bis*, p. 448 en note.

(3) Cf. Rue, *Le contrat d'hôtellerie*, thèse, Paris, 1906.

Le *contrat de théâtre* (1), fait par le directeur d'un théâtre avec le public, et se décomposant en un contrat de louage de choses, mélangé à une obligation de faire, qui a pour objet la représentation à donner.

Et ne pourrait-on pas ajouter enfin le *contrat de déménagement* (2), sorte d'opération également mixte, tenant à la fois notamment du contrat de louage de services et du contrat d'entreprise de transport?

Nous avons déjà dit que, d'après M. Planiol, on ne devait voir dans toutes ces opérations juridiques que des combinaisons de contrats, formées d'éléments disparates et déjà connus et classés (3). Au risque de nous répéter, rappelons encore que nous avons essayé de montrer qu'à notre sens, si la tentative de vouloir ramener le nouveau à l'ancien nous paraissait au premier abord toute naturelle, elle devait être provisoire, et qu'il fallait tôt ou tard lui substituer une réglementation adéquate et sui generis, la fiction assimilatrice ne pouvant impunément étendre à l'infini les catégories contractuelles limitativement déterminées il y a plus d'un siècle par le Code civil.

***

Ainsi, toutes les fictions de contrats construites par la doctrine et la jurisprudence n'ont pas le même caractère que celles des lois postérieures au Code, que nous avons précédemment envisagées, car elles ne font pas prédominer la volonté d'une majorité sur une minorité

---

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, n° 1352 *bis*, p. 448 en note, et n° 1666 *bis*, p. 541; — J. Delagrange, *Les droits et les obligations des directeurs de théâtre envers le public*, thèse, Paris, 1907.

(2) Cf. A. Wahl, *Nature juridique du contrat de déménagement*, in *Rev. trim. de dr. civ.*, 1911, t. X, p. 507-529.

(3) Planiol, note sous arrêt, Dalloz 1912-1-113.

qui est censée donner un consentement qu'elle refuse en réalité.

Elles sont tout autres : à la condition d'être maniées avec prudence et avec mesure, elles assurent rapidement une existence juridique à des situations nouvelles par des assimilations à des types de contrats préétablis ; elles constituent des moyens détournés, purs artifices de technique pour atteindre des fins justes objectivement, équitables en soi, et, pourrait-on dire, conformes au droit naturel, mais non encore prévues et réglementées par le droit légal. Et par là elles devancent, tout en la préparant, l'intervention du législateur, et permettent au droit de ne pas rester rigide et immobile en face des phénomènes en mouvement, mais au contraire de se tranformer en suivant d'assez près l'évolution continue des faits (1).

Ce faisant, le juge n'est plus l'être inanimé dont parlait Montesquieu, et la bouche qui prononce simplement les paroles de la loi, sans essayer d'en modérer la force ni la rigueur ; il devient en réalité l'âme du progrès juridique et l'artisan laborieux du droit nouveau contre les formules vieillies du droit consacré (2). On voit alors que l'action de la jurisprudence s'impose avec la nécessité d'un phénomène naturel et il y aurait certainement lieu de lui donner le caractère d'une franche collaboration, reconnue et organisée par la loi elle-même : la raison serait satisfaite et l'évolution n'y perdrait rien (3).

(1) M. Picard appelle cette transformation « La Dynamique de la Juricité », dans *Le Droit pur*, Flammarion, 1908.

(2) Cruet, *La vie du droit, op. cit.*, p. 21-22.

(3) Cruet, *ibidem*, p. 72. Sur l'autorité de la jurisprudence vis-à-vis des tribunaux légalement et pratiquement, et aussi en dehors des tribunaux, cons. Perreau E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé, op. cit.*, 1923, t. I, p. 47-119.

Comme le disait tout dernièrement un des plus éminents magistrats de notre Cour Suprême, M. le Procureur général Lescouvé, faisant l'éloge de la justice et traçant aux juges leurs devoirs: « Pour faire face à *tant de nécessités imprévues* et régler *tant de rapports naissants,* il ne suffit plus d'être la loi vivante, il faut que, devançant le législateur et préparant sa voie, vous soyez la révélation permanente de la raison publique, l'organe vigilant de la conscience universelle; il faut que vos paroles et vos décisions soient comme une source sacrée où s'alimente et se régénère la vie morale du pays » (1).

SECTION III

DANS LES IDEES NOUVELLES ET LES PROJETS DE REFORME

La technique juridique, que nous venons de préciser dans un certain nombre de ses applications doctrinales et jurisprudentielles au domaine contractuel, nous paraît constituer une partie de l'étude du droit relativement neuve, mais qui n'est ni la seule ni peut-être même la plus importante de celles qui préoccupent les juristes. Si l'on cherche, en effet, à connaître exactement les idées nouvelles de l'heure actuelle, on s'aperçoit que la plupart des esprits qu'intéressent les choses du droit sont tournés surtout vers l'observation des faits et de la vie sociale contemporaine; ils sont naturellement frappés par l'existence de nouvelles fictions de contrats qui résultent de *l'inégalité des forces contractantes en présence,* l'une des parties se trouvant supérieure à

(1) Discours prononcé par M. le Procureur général Lescouvé le 7 novembre 1923, à la Cour de Cassation, lors de son installation et de sa prise solennelle de possession de ses nouvelles hautes fonctions.

l'autre à laquelle elle dicte certaines clauses du contrat, quand elle ne lui impose pas le contenu du contrat tout entier.

Mais, s'il importe d'établir l'étendue de la nouvelle fiction que contient ce que l'on a dénommé le *contrat d'adhésion*, il faut aussi essayer de pallier l'inégalité des prestations en restaurant l'équilibre compromis des forces contractantes par une répression énergique de *la lésion contractuelle*. Et tels sont précisément les deux points de vue qui nous paraissent maintenant intéressants à examiner.

§ 1. — LE DÉSÉQUILIBRE DES FORCES CONTRACTANTES ET LE CONTRAT D'ADHÉSION

Dans la vie des sociétés modernes, nous apercevons des situations que les juristes de l'école classique veulent absolument faire entrer dans le vieux cadre étroit du contrat, mais qui présentent en réalité des formes juridiques nouvelles (1). Tandis que, pour les auteurs du Code civil, la libre discussion et le libre accord président ordinairement à la conclusion du contrat dans chacune de ses clauses qui, de ce fait, est le résultat d'une intime collaboration des parties, il n'en est plus de

(1) Comme le fait remarquer M. Duguit, *Les transf., op. cit.*, p. 118 « Ce cadre nous est toujours donné par la formule de la stipulation romaine: *spondesne? spondeo:* Promets-tu? Je promets ». Voy. par contre Andler, Préface du *Droit au produit intégral du travail* d'Anton Menger, p. V: « Ce qu'expriment nos Codes actuels, sous le nom de justice, n'est, pour une grande part, que la formule savante de la primitive oppression des faibles par leurs conquérants. Il suffit d'analyser la forme de nos contrats et d'énumérer les droits que la loi protège, à côté de ceux qu'elle laisse sans garantie, pour s'apercevoir qu'il y a des classes qui oppriment et des classes opprimées. On oublie cela dans le calme apparent des relations juridiques d'aujourd'hui. L'habitude fait que les vaincus ne sentent plus la meurtrissure du lien qui les garrotte. Mais c'est un cliquetis de chaînes qui sort de tout cet appareil de notre justice ».

même aujourd'hui dans de nombreux cas. Par suite des transformations économiques et sociales profondes du XIXe siècle (1), le commerce et l'industrie sont souvent passés aux mains de puissantes sociétés qui, dans une large mesure, peuvent lutter victorieusement contre les petits commerçants et les petits industriels et n'ont rien à redouter de leur concurrence. Ces sociétés rédigent à l'avance les clauses des contrats et les soumettent aux particuliers qui ne peuvent que les accepter ou les refuser en bloc, toute discussion étant bannie de leurs conventions. C'est ce qu'on a appelé *les contrats d'adhésion.*

Cette expression est très large et comprend au besoin les conventions collectives (2) que nous avons étudiées comme consacrées par les lois postérieures au Code; mais celles-ci sont en quelque sorte et surtout d'ordre interne, car relatives aux rapports des associés entre eux à l'intérieur de leur groupement, tandis que les contrats d'adhésion, que nous voulons examiner ici, interviennent plus spécialement dans les rapports du groupement et des tiers, bien qu'ils soient aussi assez souvent la simple manifestation de la volonté du plus fort sur le plus faible dans les rapports des particuliers entre eux.

Nous allons voir que les contrats d'adhésion (3) ne sont pas de véritables contrats, et dans quelle mesure ils répudient l'élément contractuel, c'est-à-dire dans quelle mesure ils ne sont contractuels que par fiction.

1° *Les Conceptions actuelles du Contrat d'adhésion*

Les jurisconsultes classiques, « dominés par la con-

(1) Tarde, *Les transformations du droit, op. cit.*, p. 115 et suiv.

(2) Comp. G. Morin, *Le contrat collectif d'après la jurisprudence et les législations étrangères*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1907, p. 208 et suiv.

(3) Cf. surtout J. Dollat, *Les contrats d'adhésion*, thèse, Paris, 1905.

ception traditionnelle du contrat, ont fait des efforts de subtilité scolastique prodigieux pour démontrer que tous ces actes nouveaux se ramènent finalement à des contrats; naturellement ils n'y sont pas arrivés, car ils ne pouvaient pas démontrer qu'une chose qui n'était pas réellement un contrat le fût » (1).

MM. Colin et Capitant, qui admettent cependant par ailleurs la volonté unilatérale comme source d'obligations ont écrit à ce sujet: « C'est avec raison que les jurisconsultes persistent à voir dans les contrats d'adhésion de véritables contrats. Celui qui adhère aux conditions qui lui sont proposées est en somme libre de ne pas les accepter, il pourrait les rejeter en bloc, et, par conséquent, lorsqu'il les accepte, il donne bien son consentement. Ce serait se jeter dans des difficultés inextricables que de refuser à de telles opérations le caractère contractuel » (2), et de confier au juge le soin de les réglementer. M. Duguit résume encore la théorie contractuelle quand, parlant du distributeur automatique qu'il a pris à titre d'exemple, il écrit: « on dit: il y a un contrat d'adhésion, parce que celui qui use du distributeur adhère à un certain état de fait et que c'est précisément cette adhésion qui constitue le contrat » (3).

Et cependant, il ne nous semble pas que la liberté de l'adhérent soit bien complète et que les difficultés auxquelles on se heurte en repoussant la théorie purement contractuelle soient insolubles.

D'une part, il est vrai, celui qui, en adhérant à un état de fait, adhère par cela même aux conditions qui lui sont proposées, serait bien libre de ne pas les accep-

---

(1) Duguit, *Les transf.*, *op. cit.*, p. 120-121.
(2) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 257.
(3) Duguit, *Les transf. gén. du droit privé*, *op. cit.*, p. 122.

ter ou de les rejeter en bloc (1), mais est-ce à dire que, lorsqu'il les accepte, il donne bien de plein gré son consentement? Nous ne le pensons pas, car ici il n'y a pas « d'accord libre des parties pour déterminer elles-mêmes leurs situations respectives, de telle sorte que chacune ne soit liée que comme elle l'a voulu » (2). D'abord, celui qui adhère doit accepter en bloc toutes les conditions, sans possibilité aucune de faire modifier le moindre détail, il faut tout prendre ou tout laisser (3) ; en vérité, l'équilibre des forces contractantes est rompu. Et puis, c'est une singulière liberté que celle qui consiste, pour une personne qui a des besoins impérieux à satisfaire, de ne point les satisfaire du tout, afin d'éviter d'aliéner sa liberté. M. Demogue l'a dit: « La liberté est faible, étant donné qu'on ne peut pas toujours s'abstenir de contracter » (4).

Et d'autre part, nous ne pensons pas qu'en refusant à de telles opérations un caractère exclusivement contractuel, on se jette dans des difficultés inextricables que provoquerait l'arbitraire du juge appelé à déterminer « *ex æquo et bono* » les effets de ce contrat. Sans doute, comme l'écrivent MM. Colin et Capitant, les abus de la puissance économique supérieure d'une des parties pourront souvent être prévenus ou réprimés par l'intervention des groupements des personnes intéres-

---

(1) Cf. Dereux, thèse citée, p. 184, pour l'exposé de la conception classique: « S'il lui plaît en contractant de ne pas mesurer exactement toute l'étendue de son engagement et d'accepter toutes les clauses, sinon explicitement, du moins implicitement, lors même qu'elles constitueraient un contrat léonin, pourquoi, dira-t-on, ne serait-il pas libre de le faire, pourquoi aurait-on pour lui une pitié que lui-même n'a pas eue, et n'est-ce pas de la part de l'Etat une tyrannie intolérable que de lui imposer une protection qu'il a par avance refusée? »

(2) G. Morin, *La révolte des faits contre le Code, op. cit.*, p. 25.

(3) G. Morin, Le Crédit, II, Le Contrat, p. 37, in *La Vie juridique du Français, op. cit.*

(4) Demogue, *Les notions fondam. en dr. privé, op. cit.*, p. 584.

sées qui « feront de la force avec un faisceau de faiblesses » (1). Sans doute aussi l'intervention légale est souhaitable; mais, en attendant son heure, l'abus de la partie la plus forte n'est-il pas plus redoutable que l'arbitraire des magistrats? Et puis, l'intervention légale elle-même suffira-t-elle jamais sans une vigilance constante du juge pour éviter que les parties ne découvrent de nouveaux moyens et détours ingénieux pour tourner la loi? (2)

En réalité, la conception purement contractuelle du contrat d'adhésion nous paraît inexplicable aussi bien en droit qu'en fait et ne peut se soutenir que par la fiction. Mais, si l'on veut bien établir la véritable nature juridique des contrats d'adhésion, il faut les débarrasser de toute fiction et envisager la réalité telle qu'elle est dans tous ses éléments. « Observons les faits, ne nous payons pas de formules. Ne faisons appel aux fictions juridiques qu'autant qu'il est impossible de s'en passer pour voir clair. Que voyons-nous? » (3)

A bien y regarder de près, le contrat d'adhésion étant le contraire du libre consentement, il ne nous paraît pas y avoir uniquement contrat, mais aussi *soumission volontaire par l'une des parties au règlement préétabli par l'autre de façon unilatérale.* Il y a sans doute concours de volontés, mais tout concours de volontés n'engendre point nécessairement un véritable contrat au sens civiliste, car « on peut toujours, si l'on veut, donner à ce concours de volontés le nom de contrat, mais on désigne alors d'un même nom des choses

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 257.

(2) Cf. Dereux, thèse citée, p. 161.

(3) Berthélemy, *Les méthodes juridiques, op. cit.* (Méthode en droit administratif), p. 73.

différentes et c'est naturellement une source de confusions » (1).

M. Hauriou a écrit: « Le trait commun de tous ces contrats est l'apparition de ce que Mommsen appelle *la Lex* (2), c'est-à-dire la dictée des clauses par l'une des parties et le fait que l'autre partie n'a qu'à adhérer, à moins qu'elle ne renonce au contrat. C'est donc la suppression de ce qu'on appellerait, en style parlementaire, le droit d'amendement, et de ce qu'on appelle, en style de contrat, le droit de discussion. Le contrat d'adhésion est à prendre ou à laisser, il n'est pas à discuter » (3). *Mais les auteurs ne sont pas d'accord en général pour déterminer l'étendue de la soumission à cette Lex;* certains la considèrent intégrale, d'autres seulement partielle, comme on va le voir, et, suivant l'opinion que l'on adopte, l'étendue de la fiction de contrat varie.

Si l'on admet avec M. Dereux que les contrats d'adhésion contiennent deux sortes de clauses: *les clauses essentielles,* sur lesquelles s'est certainement portée l'attention des deux parties lors de la convention — et qui ne diffèrent point de celles de n'importe quelle autre espèce de pacte, — *et les clauses accessoires,* ou du moins que l'une des parties a dû considérer comme telles, — et qui ne peuvent que préciser les premières, la bonne foi interdisant qu'on s'en serve pour les dénaturer, — il en résulte que ces dernières constituent des fictions de contrats et les premières de vrais contrats (4).

---

(1) Duguit, *Les Transf., op. cit.,* p. 120.

(2) Mommsen, *Droit public romain,* VI, 1, 351, trad. française.

(3) Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.,* p. 206.

(4) Cf. Dereux, thèse citée, p. 217, et *Nat. jur. des contrats d'adhésion,* in *Rev. trim.,* 1910, p. 503, 510 et 526. — Voy. spécialement dans sa thèse, p. 215: « Nous ne croyons pas devoir aller tout à fait aussi loin (que MM. Duguit et Saleilles): l'ouvrier, quant aux clauses essentielles du contrat, est à peu près libre au sens où on entend communé-

Et, dès lors, plus les clauses accessoires seront importantes, plus le contrat tendra à devenir fictif. Les contrats d'adhésion constitueraient ainsi une sorte de composé hybride de contrat et de règlement, et l'on pourrait discuter sans fin sur la détermination de l'élément prépondérant dans chaque espèce particulière.

Mais des jurisconsultes éminents vont plus loin encore que M. Dereux: pour eux, *les contrats d'adhésion tout entiers ne sont plus des contrats du tout.* Nous allons examiner quelques-uns des principaux types de ces soi-disant contrats où l'on prétend ne voir le plus souvent que des situations réglementaires ou statutaires, pour mieux déterminer l'étendue de la fiction.

Le contrat d'abonnement, a écrit M. Hauriou, n'est qu'un contrat d'adhésion, « et peut-être même faudrait-il supprimer le mot contrat et dire un acte d'adhésion à un service organisé... Les actes d'adhésion n'ont de contractuel que le nom: ce sont des adhésions à des actes de nature réglementaire » (1).

Le contrat de transport, pour M. Duguit, n'est pas un contrat, mais en réalité un acte unilatéral: l'expéditeur

---

ment ce mot... dans sa notion vulgaire répandue dans le public. », et p. 216 « en principe les contrats d'adhésion, doivent être traités comme de véritables contrats... il suffit d'appliquer les principes de notre Code civil, mais il faut les appliquer à la réalité toute pure, non à une réalité mélangée de fiction. »

(1) Hauriou, note dans Sirey, 1908, III, p. 18, col. 3 et p. 19, col. 3. Cons. aussi Saleilles, *Déclar. de vol., op. cit.,* 1901, p. 230.

Voy., à titre d'exemple, un extrait du *contrat d'abonnement* à la Société biterroise de force et lumière (Béziers, 1, rue Mairan), à l'article 9: « L'abonné ne pourra prétendre exercer aucune retenue sur le prix de son abonnement, ni à aucune indemnité, ni à des dommages-intérêts de la part du concessionnaire pour interruption de l'électricité occasionnée soit par des circonstances de force majeure, soit par le fait des travaux publics, nécessitant la coupure des conducteurs, soit pour l'entretien du matériel et des conducteurs, *soit par suite d'un accident quelconque.* »

et le voyageur ne peuvent discuter les tarifs et les conditions de l'envoi et du voyage, pas plus que celui qui affranchit une lettre et la met à la poste ne peut en déterminer les clauses de transport. Les voyageurs et les expéditeurs *veulent légalement en quelque sorte et conformément à la loi du service;* il n'y a pas là de contrat de droit civil, mais un véritable régime légal (1).

Les contrats de concessions de services publics, par lesquels l'Etat, les départements ou les communes chargent un particulier ou une compagnie d'assurer les divers services publics de transport, d'éclairage..., contiennent surtout, outre un élément contractuel qui règle les rapports de la collectivité concédante et du concessionnaire, une disposition par voie générale qui est une *véritable loi du service public,* car elle « règle d'avance le régime auquel seront soumis les actes qui interviendront entre le concessionnaire et les particuliers qui useront du service public » (2).

Les contrats collectifs, et spécialement *les contrats collectifs de travail* (3), qui sont conclus par deux grou-

---

(1) Cf. Duguit, *Les transformations, op. cit.,* p. 123-124.

Cf. en sens contraire Gény, qui déclare que « cette situation est régie en principe et de droit commun par un véritable contrat de droit civil », *Des droits sur les lettres missives,* 1911, t. I, p. 52.

(2) Duguit, *Les transf., op. cit.,* p. 130. A consulter la bibliogr., p. 131 en note. — Il en est de même de tous les cahiers de charges d'adjudications faits par les administrations publiques.

(3) Sur le *contrat collectif de travail,* cons.: Barthélémy-Reynaud, *Le contrat coll. de tr.,* thèse, 1901; Truchy, *Rev. d'éc. pol.,* 1905, p. 858; Jay, même revue, 1907, p. 561 et 649; Nast, *Des conv. col. relatives à l'organisation du trav.,* thèse, 1907; Passama, *Les conv. col. relatives aux conditions du trav.,* 1908; Rouast, *Essai sur la notion de contrat col. dans le droit des oblig.,* thèse, Lyon, 1910.

Sur les différences entre le contrat collectif de trav. et le contrat d'équipe ou de commandite industrielle, voy. Ch. Gide, *Cours d'éc. pol.,* 1913, 3e édit., p. 763, et C. Perreau, *Cours d'éc. pol.,* 1916, t. II, n° 806 et 807.

Voy. aussi sur le contrat collectif spécial conclu entre les sociétés des auteurs et compositeurs dramatiques et les directeurs de théâtre, Demogue, *op. cit.,* p. 577 et la bibliographie en note.

pements ou deux syndicats, l'un d'employeurs, et l'autre d'employés, sont peut-être, à leur origine, dit M. Demogue, des « règlements contractuels » (1), mais ils deviennent, aussitôt formés, *de véritables législations locales* (2) *ou lois particulières des professions,* établissant à l'avance et une fois pour toutes les cadres dans lesquels devront entrer, par la suite, tous les contrats individuels. « Ils se placent tout à fait en dehors du vieux cadre contractuel », et constituent des « *conventions-lois* » réglementant les relations de deux classes sociales, affirme encore M. Duguit (3), car les membres des deux groupements liés par la convention sont obligés d'observer les décisions générales collectives qui pour eux ont force de loi, sans cependant les avoir établies eux-mêmes. Et M. Gény voit dans les conventions collectives de travail un cas notable où la fiction originaire, utilisant à titre d'appui une catégorie préalablement établie, arrive à constituer une *catégorie juridique nouvelle;* et ces conventions se muent bien vite en une véritable institution juridique, en évoluant légalement du contrat au statut (4).

Le contrat individuel de travail, pour certain nombre d'auteurs, ne serait pas davantage un véritable contrat. « Peut-on parler raisonnablement d'un contrat de louage de services entre l'employeur, puissant capitaliste, et l'ouvrier, a écrit M. Duguit; l'employeur fixe d'avance et spontanément le salaire, et l'employé l'accepte; l'employeur le fixe, non pas parce que l'employé l'accepte, mais pour une toute autre cause; l'employé l'accepte

(1) Cf. Demogue, *op. cit.,* p. 576-577.

(2) Cf. Jay, cité dans Cruet, *op. cit.,* p. 153: « A certains égards le syndicat apparaît comme le délégué et le précurseur du législateur... »

(3) Duguit, *Les transf., op. cit.,* p. 135-136.

(4) Cf. Gény, *Sc. et tech.,* t. III, n° 243, p. 383. Comp. P.-Louis Lucas, *Les conventions collectives de travail,* in *Rev. trim. de dr. civ.,* 1919, t. XVIII, p. 65-83.

et veut travailler moyennant un salaire parce qu'il veut vivre. *De contrat, il n'y en a point.* On est bien loin du contrat de louage d'ouvrage librement débattu entre l'employeur et l'employé tel que l'a compris le Code civil » (1). C'est en effet le règlement d'atelier qui détermine les conditions du travail (2), et établit les amendes comme sanction; or, le règlement d'atelier, fait-on remarquer, est l'œuvre exclusive du patron qui, de ce chef, devient une véritable « autorité privée » (3) et exerce un pouvoir à la fois législatif et judiciaire sur l'ouvrier qui, par le fait de son entrée à l'usine, s'y trouve soumis. Et l'on ajoute que l'on n'a que faire d'une acceptation tacite de la part de l'ouvrier (4) ; tout débat entre les parties intéressées est impossible et l'ouvrier n'est pas libre d'accepter ou de refuser, car il n'a pas la liberté de travailler ou de ne rien faire. Tout son être est mû en quelque sorte, a écrit M. Dereux, « par cet instinct impérieux qui nous empêche de mourir de besoins inassouvis », et s'il est vrai que « la contrainte morale n'abolit pas toute volonté..., qu'est-

---

(1) Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, cité dans Cruet, *op. cit.*, p. 292.

(2) Sur ces conditions et notamment sur la durée de la journée de travail, voy. Duguit, *Les transf., op. cit.*, p. 45.

(3) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 600.

(4) Pour la critique de cette prétendue présomption d'après laquelle l'ouvrier accepte le règlement d'atelier affiché, voy. Colin et Capitant, *Cours él. de dr. civ. français*, t. II, 1920, p. 591-592.

Voyez aussi Cailleux, *Règlement d'atelier*, thèse, Paris, 1900, p. 58. « Lorsque le patron et l'ouvrier se sont engagés, l'un à donner du travail, l'autre à le faire.., il faut ensuite aviser aux conditions d'exécution du contrat. Nous repoussons complètement cette idée qu'il y ait là une véritable acceptation formant véritablement contrat, lorsque, ce qui existe dans la plupart des pays, l'ouvrier n'est pas appelé à présenter ses observations touchant les clauses du règlement. » Cailleux, in *Rev. écon. polit.*, 1901, p. 991.

En sens contraire d'ailleurs, Hubert Valleroux, *Le contrat de travail*, cité par Cailleux, p. 891.

ce qu'une volonté qui n'a le choix qu'entre deux lignes de conduite, dont l'une mène à la mort ? » (1).

On a objecté, sans doute, que l'ouvrier restait libre dans le choix du contrat de travail qu'il voulait conclure, de la même façon que tout homme est libre de ne pas se marier ou de prendre telle ou telle épouse, de ne jamais devenir propriétaire ou d'acquérir tel meuble ou tel immeuble. Oui, mais a-t-on répondu, une fois le choix fait et le contrat conclu, *il se trouve soumis à une situation de fait née du contrat,* largement indépendante de sa volonté et soumise à la réglementation légale ; comme l'a écrit M. Duguit, « la situation du patron et de l'ouvrier cesse d'être une situation contractuelle et subjective pour devenir une situation réglementaire et objective » (2).

En réalité, l'objection la plus forte vient de l'existence de contrats collectifs de travail, car alors, les conditions de travail étant fixées d'une façon générale et obligatoire entre groupements d'égale puissance, le contrat individuel de travail ne revêt plus le même caractère de soumission vis-à-vis du patron omnipotent ; mais en réalité, le contrat restera cependant exclusif encore de la volonté vraiment personnelle de l'ouvrier, puisque celui-ci sera lié par la convention collective. Seulement, ce lien sera pour lui un avantage et un bienfait, quoiqu'il ne présente d'ailleurs aucun caractère véritablement contractuel.

Les contrats d'assurance participent aussi de la na-

---

(1) Dereux, *Etude de diverses conceptions actuelles du contrat*, in *Rev. crit.*, 1901, p. 524.

(2) Duguit, *Dr. constit.*, 1907, p. 549. Cf. aussi Duguit, cité dans Cruet, *op. cit.*, p. 292-293. « Si le caractère contractuel a disparu dans les rapports entre l'employeur et l'employé, ce n'est pas parce que la loi positive est intervenue, mais la loi positive intervient d'autant mieux qu'il n'y a plus et ne peut plus y avoir de rapport contractuel. ».

ture juridique des contrats d'adhésion. Les polices contiennent deux sortes de clauses : les clauses manuscrites relatives aux stipulations spéciales à chaque contrat, et les clauses imprimées qui renferment les conditions générales communes à tous les contrats. Or, l'assuré n'a nullement été appelé à élaborer les clauses imprimées qui ne lui sont connues d'ordinaire qu'au moment du paiement de la première prime quand la police lui est présentée pour la signature. Et encore parmi ces clauses imprimées, il y en a de deux sortes qu'il y a intérêt à distinguer : d'une part, *les clauses essentielles,* celles qui attirent le plus l'attention de l'assuré et contiennent des références au Code civil, qui ont l'apparence parfois illusoire de citations textuelles d'articles (art. 111, 1181, 1329, 1341 du Code civil et art. 348 du Code de commerce), et, d'autre part, *les clauses dites accessoires,* dont l'assuré ne peut pas bien contrôler la portée, car il lui faudrait avoir une connaissance approfondie des affaires et de la science du droit, et qui modifient considérablement, sans en avoir l'air, les conventions essentielles (1). Ce sont les plus dangereuses, car les moins contractuelles. Toutes les clauses imprimées, les dernières surtout, sont rédigées comme si tous les assurés étaient de mauvaise foi ; or, c'est l'assureur qui fait preuve de mauvaise foi. Et ainsi, comme l'a montré M. Dereux, la convention « qui doit protéger contre les surprises de la fortune est aussi celle qui l'expose le plus. Les surprises viennent de la convention elle-même, à tel point qu'on a pu dire qu'il faudrait s'assurer d'abord contre les contrats d'assurance » (2).

(1) Cf. Dereux, thèse citée, p. 186 et suiv. Ce sont les conventions relatives à la prorogation tacite, aux délais très courts impartis pour les déclarations d'accidents, aux interprétations trop littérales, aux clauses pénales excessives, etc...

(2) Dereux, thèse citée, p. 199.

Pour les *Contrats de guichet,* l'on a fait remarquer que par cela seul qu'on aura pris et payé un billet d'entrée pour un établissement public, on est censé avoir accepté toutes les clauses inscrites sur le billet et même tous les règlements intérieurs; et cependant on ne s'est pas donné la peine de les lire et encore moins de les discuter (1).

Les *Contrats de fonction publique* ont été considérés aussi comme caractéristiques du déséquilibre des forces contractantes lors de la formation du contrat. La nature juridique de la fonction publique a été très controversée entre les auteurs et la jurisprudence, qui n'envisagent pas de la même façon l'acte qui désigne un fonctionnaire et le lien qui le rattache à l'administration. Est-ce un acte d'autorité ou un contrat, et si c'est un contrat, quel contrat? Un contrat spécial de droit public ou un contrat de droit privé: mandat, louage de services? Ou ne serait-ce pas, en vérité, un contrat d'adhésion et donc une fiction de contrat?

M. Berthélemy (2) qui distingue deux sortes de fonctions publiques, *celles d'autorité et celles de gestion,* estime que la nomination des fonctionnaires d'autorité est un acte d'autorité, mais qu'au contraire la nomination des fonctionnaires de gestion est un véritable contrat de louage de services entre l'administration et le fonctionnaire (3).

MM. Duguit (4) et Jèze (5), qui distinguent eux aussi

(1) Cf. par ex. le jugement du tribunal de la Seine relatif à la location des billets d'entrée de loges au théâtre, 19 avril 1900, dans *Le Droit,* 28 et 29 mai 1900.

(2) Cf. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif,* 7e éd., p. 43 et s.

(3) Cette distinction est très critiquée par M. Duguit, *Droit constit.,* n° 63 et *Droit Public,* I, p. 422.

(4) Duguit, *L'Etat, le gouvernement et ses agents,* 1903, chap. IV et V. Et son *Manuel,* p. 428 s.

(5) M. Jèze, *Principes généraux de droit administratif,* 2e édit., p. 27, 40, 41.

deux catégories de fonctionnaires: *ceux qui sont fonctionnaires et les simples employés*, pensent que la nomination des premiers serait un acte unilatéral d'autorité, et celle des employés un acte contractuel: mandat ou louage de services suivant les emplois.

Pour M. Hauriou (1), tous auraient la même condition juridique, et seraient dans une *situation réglementaire* et non contractuelle, c'est-à-dire seraient soumis à des lois et règlements spéciaux, et obligés de subir toutes les modifications qui pourraient être apportées à leur fonction depuis leur nomination.

La jurisprudence administrative (2) admet une solution en apparence intermédiaire entre l'acte d'autorité et le contrat, mais qui, en réalité, se rapproche de celle de M. Hauriou. Avec les partisans du contrat elle reconnaît qu'il existe bien un contrat, mais, cette concession faite, elle déclare aussitôt avec les partisans de l'acte d'autorité, que ce contrat est d'une nature spéciale, — que les uns appellent contrat de droit public et les autres contrat de fonction publique, — parce que c'est l'Etat qui fixe d'une manière unilatérale, par voie d'autorité, toutes les clauses du contrat. En vérité, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits admettent la solution de M. Hauriou, mais ils parlent de contrat quand M. Hauriou parle de situation réglementaire (3).

(1) Hauriou, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 678.

(2) Cf. pour cette jurisprudence: Trib. des conflits, 26 déc. 1868, Germond de Lavigne; 27 déc. 1879, Guidet; — 7 août 1880, Le Goff; — 4 juillet 1896, Bergeon.

Conseil d'Etat, 11 juin 1909, Assoc. amicale des médecins des asiles d'aliénés.

Pour la tendance à admettre la thèse contractuelle, voy. l'arrêt du 7 août 1909, Winkelé; et encore pour la thèse réglementaire Cons. d'Etat, 5 mai 1911, Desreumaux (Conclus. du com. du gouvern. Corneille).

(3) L'utilité de la théorie de la situation réglementaire des fonctionnaires est d'ailleurs incontestable pour le maintien de l'exercice

Oui, mais qu'est-ce qu'un contrat dont l'une des parties dicte tout le contenu que les autres ne pourront qu'accepter ou refuser en bloc, sinon un contrat d'adhésion? Et puisque les fonctionnaires seront censés liés par un contrat qu'ils n'auront pas discuté en réalité, n'est-ce pas que ce contrat ne sera, par rapport à eux, qu'une fiction de contrat?

En résumé, on a dit que la fonction publique reposait sur un contrat; mais comme cela paraissait excessif, on a cherché autre chose et on a parlé d'acte d'autorité, — soit pour certaines catégories de fonctionnaires seulement (MM. Berthélemy, Duguit et Jèze), soit pour tous les fonctionnaires (M. Hauriou). Or, il nous semble que l'on peut concilier les deux thèses, et, avec la jurisprudence administrative, retenir, si l'on veut, l'explication du contrat, en précisant bien qu'il n'y a pas un vrai contrat, mais un contrat d'adhésion. Et ainsi le contrat de fonction publique se rapproche de tous les contrats que nous avons précédemment examinés.

2° *Examen critique de ces diverses conceptions*

On le voit. En réalité, toutes ces situations que nous avons appelées des contrats, pour nous conformer aux dénominations courantes, n'ont pas un caractère véritablement contractuel au sens classique et traditionnel du mot. Le dire et le croire, c'est étendre abusivement la notion de contrat par le moyen de la fiction et consi-

régulier de la fonction et, par suite, de l'ordre et de la tranquillité publique. Baser en effet la fonction publique exclusivement sur un acte d'autorité, c'est refuser aux fonctionnaires le droit de grève (loi 25 mai 1864) et de groupement en syndicats (loi 21 mars 1884 et 12 mars 1920) qui découlent de la thèse contractuelle, mais c'est leur permettre cependant de sauvegarder leurs intérêts professionnels, puisqu'on leur accorde le droit de s'associer conformément à la loi du 1er juillet 1901, ainsi que l'a reconnu le Conseil d'Etat dans son arrêt du 7 août 1919, D. P. 11-3-17.

dérer comme contractuelles des situations qui s'éloignent sans cesse du contrat. Il faut, au contraire, reconnaître franchement, et tout au moins pour partie, *le caractère de statut et de loi* à la plupart de ces situations nouvelles dans lesquelles il y a disposition par voie générale et réglementaire, parce que, à la différence des contrats ordinaires individuels, il existe souvent, outre les deux personnes directement en présence, une troisième partie intéressée au contrat, qui est une collectivité ou un groupe : à côté des intérêts individuels, il y a un intérêt général et social à sauvegarder et à défendre.

Sans doute, cet intérêt général n'existe pas toujours au même degré dans tous les groupements, car, par exemple dans les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple où le rôle du contrat demeure assez important, il est bien moins grand que dans les sociétés anonymes et les commandites par action. Mais, comme le fait remarquer M. Hauriou, « *toutes les fois qu'on voit apparaître dans un contrat la lex, le contenu réglementaire, on peut affirmer qu'il y a institution sous roche* » (1). La loi proprement dite émanant du pouvoir législatif tend, en effet, à devenir impuissante à tout prévoir et à tout régir ; il s'opère une sorte de décentralisation législative au profit des *conventions-lois*. Et ces deux mots « conventions-lois » n'expriment pas deux idées qui s'excluent, car si la loi a bien été « l'ordre émané de l'autorité souveraine et s'imposant comme tel à des sujets..., elle n'est plus cela, ou dans tous les cas elle ne l'est plus exclusivement. Dans le droit public moderne, une évolution analogue à celle du droit privé est en train de s'accomplir. De même que disparaît l'autono-

(1) Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 207.

mie de l'individu, de même disparaît la souveraineté de l'Etat. De même que disparaît le droit subjectif de l'individu en sa forme la plus accusée, le *dominium,* de même disparaît le droit subjectif de l'Etat, l'*imperium.* Dès lors, rien ne s'oppose plus à ce que certaines lois ne soient une règle établie par une entente intervenue entre deux groupes sociaux et sanctionnée par la force matérielle des gouvernants » (1). Les conventions-lois deviennent des sortes de *lois particulières* et constituent une source de droit intermédiaire entre la loi véritable et le contrat.

Ainsi, les jurisconsultes classiques qui veulent à tout prix faire rentrer de force les contrats dits d'adhésion dans le moule préétabli du contrat, ne peuvent faire l'assimilation qu'en recourant au procédé de la fiction, et les contrats d'adhésion ne sont alors que des fictions de contrats vértables. Il y a lieu de rejeter cette doctrine absolue, non seulement parce qu'elle est contraire à la réalité, comme nous venons de le voir, mais encore parce qu'*elle engendre une méthode d'interprétation fausse et dangereuse.* Elle porte à rechercher partout de communes intentions qui n'ont pas toujours existé, ou à procéder par voie de déductions logiques et abstraites du texte en apparence contractuel: « On croirait de ces machines qui meuvent inconsciemment, automatiquement, leurs grands bras d'acier, et broient tout ce qui leur résiste, sans s'inquéter de savoir si c'est de la vile matière ou une pauvre chair saignante » (2). Il faut,

---

(1) Duguit, *Les transf., op. cit.,* p. 136-137. — Voy. aussi *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat,* 2e édit., 1911 (F. Alcan), et son *Traité de droit constitutionnel,* 1911, I, p. 67 et suiv. et p. 132 et suiv.

(2) Dereux, thèse précitée, p. 210, à propos du contrat d'assurance dont il étend ensuite le mode d'interprétation à tous les contrats d'adhésion.

au contraire, poser franchement en principe que les règlements statutaires, véritables lois particulières, disposent aussi par voie générale et collective, ne peuvent permettre la mauvaise foi et violer l'équité, et qu'en conséquence il y a lieu de les interpréter en appliquant les articles 1134 al. 3 et 1135 du Code civil. M. Saleilles l'a dit très justement : « L'interprétation devrait s'en faire comme celle d'une loi proprement dite, en tenant compte beaucoup moins de ce qu'a pu croire et vouloir, soit l'ouvrier qui adhère aux conditions générales de l'engagement dans telle ou telle usine, soit le voyageur qui, en prenant son billet, adhère aux conditions et à la loi fixée par la compagnie, que de ce que ces chartes générales doivent être dans l'intérêt de la collectivité à laquelle elles s'adressent » (1).

Voilà ce que nous pensons du contrat d'adhésion qui revêt la forme sous laquelle nous venons de l'envisager : la réalité se rebelle contre la conception purement contractuelle de la doctrine classique ; ces soi-disant contrats ne peuvent exister qu'à l'état de fiction puisqu'ils ont, tout au moins en partie, un caractère statutaire, et que, comme l'a écrit M. Hauriou, « en bien des cas, le lien contractuel n'est noué que d'une façon apparente. *C'est le contrat s'efforçant de singer l'Institution.* On ne verrait pas bien l'utilité de ce simili, si les institutions sociales étaient franchement reconnues comme des figures juridiques spéciales ; mais elles ne le sont pas ou le sont fort mal » (2).

Néanmoins, le contrat d'adhésion ne se présente pas toujours sous la même forme. Il est vrai, dans la société moderne, il arrive assez souvent que l'on est obligé, en fait, de s'incliner et de se soumettre à un règlement

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 230.

(2) Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 208.

préétabli constituant une sorte de loi privée quasi inéluctable, mais ce n'est cependant pas le seul cas, il s'en faut, où l'on constate que l'idée de consentement va s'affaiblissant.

En effet, si l'on veut bien se pencher attentivement sur le courant de la vie de tous les jours et analyser tous les faits qui nous entourent, on constatera sans peine qu'il est une foule de situations où l'on peut encore parler de contrats d'adhésion au sens large, bien qu'il ne s'agisse peut-être pas d'adhésions à un véritable règlement statuant par voie générale et collective, et établi par « un service jouissant d'un monopole de fait ou de droit ».

Ne peut-on pas considérer comme des contrats d'adhésion, *lato sensu* tout au moins, *les contrats de commission-représentation et les contrats de vente à tempérament,* dans lesquels le commissionnaire et l'acheteur, contractent un engagement dont il leur est impossible de connaître la portée? le commissionnaire s'exposant très souvent, au lieu de réaliser le moindre bénéfice, à perdre son cautionnement et à payer des amendes élevées, à cause de l'impossibilité d'atteindre le chiffre d'affaires minimum, et l'acheteur risquant, au moindre retard dans le paiement d'un des termes fixés, de perdre et la chose achetée et les versements déjà faits?

Contrats d'adhésion aussi *les contrats dits de généalogie* par lesquels des héritiers, ignorants de certaines vocations héréditaires, s'engagent, envers les « chercheurs de succession » qui leur proposent de les leur faire connaître, à verser une rémunération élevée pour prix de révélation du secret. Il y a en effet une sorte de contrainte morale pour accepter la convention proposée, car, si grande que soit la portion de succession que l'héritier laissera aux mains du révélateur, il est toujours tenté d'accepter en bloc la proposition, puisqu'on fait miroiter à ses yeux un héritage inconnu et tout à fait inattendu.

On pourrait citer encore comme révélant le même défaut de liberté et d'équilibre des volontés qui se lient, *les clauses de style* d'un usage de plus en plus courant (1), les conventions imposées par les agences matrimoniales, les marchandages dont sont l'objet les secours apportés aux navires en détresse, les paiements d'honoraires excessifs dans certaines professions libérales (avocats, médecins et chirurgiens)..., et les marchés conclus au cours de la dernière guerre... (2)

Et enfin, si nous regardons de plus près *nos relations habituelles de tous les jours,* n'est-il pas vrai que notre vie courante est faite de contrats d'adhésion successifs? Les achats, les réparations, les dépenses de toute nature que nécessitent notre alimentation et notre entretien quotidien ne supposent pas une bien grande liberté de notre part, car le plus souvent nous ne marchandons pas et nous adhérons à des tarifs fixés d'avance. « Le contrat de tous les jours, a écrit M. Cruet, ce n'est pas l'acte sous seings privés, signé des deux parties, c'est le billet de chemin de fer, c'est le numéro de fauteuil d'orchestre, c'est le jeton d'ordre que l'on vous donne dans une banque, après remise d'un chèque, pour aller toucher à un autre guichet la somme indiquée... » (3) Sans doute, la conscience publique serait bien surprise si on allait parler d'autre chose que de contrat, et

---

(1) Sur les clauses de style, Cf. Cruet, *op. cit.,* p. 159 et 160 et J. Charmont, *Le droit et l'esprit dém., op. cit.,* p. 27. Ce sont des dispositions contractuelles particulières qui sont insérées dans les conventions pour écarter systématiquement l'application de certaines règles légales. Elles sont l'œuvre de la pratique notariale, elles obéissent d'ailleurs au vœu le plus souvent tacite et inconscient des parties et ne constituent pas l'objet d'une discussion et d'un accord particulier. D'autant plus qu'il arrive à la jurisprudence, lorsque la clause de style est entrée définitivement dans les mœurs, de la sous-entendre si elle n'est pas expressément énoncée.

(2) Cf. Dijol, thèse citée, p. 35 et suiv.

(3) Cruet, *op. cit.,* p. 262.

cependant « qui oserait s'aviser, après avoir obtenu d'un ébéniste ou d'un serrurier, le travail demandé, sans convention précise de salaire, ou après avoir reçu les soins d'un médecin, sans fixation d'honoraires, de décliner ensuite cette obligation contractuelle, sous prétexte qu'à défaut de prix fixé ou rendu déterminable par l'accord des volontés, cet accord n'a pu former un contrat obligatoire? » (1) Dans toutes ces hypothèses, le rôle de la volonté devient secondaire, et on lui substitue *la confiance légitime* (2) que s'inspirent les parties contractantes, eu égard aux exigences de la bonne foi et des besoins sociaux; et le contrat est formé quand cette confiance et cette bonne foi sont réciproques (3).

L'on est de plus en plus pressé actuellement dans le monde des affaires, on veut faire beaucoup et aller vite, car on n'a pas toujours le temps ni la possibilité d'établir par le menu détail le contenu de toutes les conventions, on se contente d'en examiner rapidement les clauses essentielles et d'adhérer aux autres. Par suite de ce que les individus sont de plus en plus spécialisés dans le travail social, ils se trouvent différents les uns des autres, la lutte est inégale entre eux, et la partie la plus faible se trouve souvent contrainte de

---

(1) Gény, *Méthodes d'interpr., op. cit.*, p. 531.

(2) Sur la notion de confiance légitime comme fondement de la force obligatoire du contrat. Voy.: Boistel, *Phil. du droit*, I, p. 422 s.; Béline, *Phil. du droit.*, II, p. 424; E. Lévy, *Respons. et contrat, Rev. crit.*, 1899, et *Rev. trim.*, 1910, p. 720, et *Rev. socialiste*, 1911, p. 242; P. Roubier, *Respons. précontractuelle*, thèse, 1911, p. 101.

(3) Cf. Gény, *Méth. d'int., op. cit.*, p. 532: « Les juges n'hésitent jamais à compléter la volonté des parties. Pour expliquer ce résultat, je suppose bien qu'on allèguera une clause tacite, une fixation d'usage, devant être suppléée dans la convention d'après la bonne foi. Mais précisément, je demande que l'on veuille reconnaître ouvertement cette influence de la *bonne foi* inhérente à la formation même du contrat, persuadé que cet élément nouveau introduit dans une théorie jusqu'ici toute en logique, en adoucirait heureusement les contours et en élargirait les cadres ».

subir sans débat les conditions établies d'avance par l'autre partie (1).

§ 2. — LES TENTATIVES DE RÉTABLISSEMENT DE L'ÉQUILIBRE CONTRACTUEL ET LA THÉORIE DE LA LÉSION

Aujourd'hui le phénomène contractuel tend à perdre de son importance: l'égalité (2) et la liberté (3) des parties s'atténuent, l'une d'elles faisant sa loi à l'autre, et l'équilibre contractuel se trouve rompu. Bien plus: un droit nouveau, où il n'y a presque rien de contractuel, ne cesse de se développer et de se compliquer (4). Aussi le commerce juridique ne se présente plus sous la forme rectiligne du pur contrat classique, où « deux personnes d'identique situation juridique et de puissance économique égale exposent en un libre débat leurs prétentions réciproques et finissent par conclure un accord dont elles ont pesé tous les termes et qui est bien l'expression de leur commune volonté » (5); il se présente sous la forme soit d'une soumission à un règlement préétabli de façon unilatérale, soit d'une confiance légitime à la bonne foi de son cocontractant. Et le moins qu'on puisse dire des contrats d'adhésion, c'est qu'ils constituent un *mélange hybride de statut et de contrat* (6).

S'obstiner à parler, tout au moins d'une façon exclusive de contrat classique dans la plupart de ces opérations juridiques nouvelles, c'est recourir continuelle-

---

(1) Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif, op. cit.*, p. 53.

(2) Cf. sur l'égalité, *Demogue, op. cit.*, p. 136-143.

(3) Cf. sur la liberté, Montesquieu, *L'esprit des lois* (Flammarion, 1900), XI, chap. 3; et Demogue, *op. cit.*, 143 et suiv.

(4) Cf. Durkheim, *Division du travail social*, 2e édit., 1902, p. 184 s. Cf. aussi Duguit, *L'Etat, le droit objectif, op. cit.*, p. 152 s.

(5) Gounot, thèse citée, p. 13.

(6) Cf. Gounot, *ibidem*, p. 303.

ment à la fiction, car la partie la plus faible sera toujours censée avoir voulu toutes les clauses de l'opération, clauses qui lui seront opposables, si abusives soient-elles (1). Et la fiction de contrat revêt ici un triple caractère : elle est statique, originaire et consciente. Statique, parce qu'elle existe dans l'espace, c'est-à-dire au même moment, indépendamment de toute évolution ; originaire, parce que le contrat a toujours été fictif dès sa formation ; et enfin consciente, parce que la partie qui adhère au règlement préétabli peut se rendre compte, dès le moment même où elle adhère, que sa liberté n'existe pas. Aussi M. Dereux disait-il vrai quand il écrivait, en parlant du contrat d'assurance, qu'il a longuement étudié comme exemple des contrats d'adhésion : « C'est toujours le même fantôme que respectent les juristes. La volonté fictive ! Que d'iniquités on commet en ton nom ! Une fois de plus, nous refusons de nous incliner devant cette idôle ; une fois de plus, nous disons qu'il y a là un simple masque, et derrière ce masque, un pur néant » (2). Essayons donc d'arracher ce masque et de restaurer la véritable justice contractuelle.

1° *Les Principes d'une Réforme*

Si l'on veut bien reconnaître qu'en l'absence de toute libre collaboration des intéressés, les contrats d'adhésion ne sont pas de véritables contrats, et souvent n'ont peut-être même de contractuel que le nom, on ne sera plus porté, en invoquant la liberté des conventions (3) et l'intangibilité du lien contractuel, à prétendre que

---

(1) Cf. G. Morin, *La révolte des faits, op. cit.*, p. 26.

(2) Dereux, thèse citée, p. 198.

(3) Cf. J. Charmont, *Le droit et l'esprit démocr., op. cit., La socialisation du droit*, p. 56 : « L'injustice dans l'œuvre du législateur se dissimule sous *l'apparence hypocrite de la liberté des contrats.* Il n'y a

tout contrat par cela seul qu'il a été conclu librement, « doit être tenu pour juste » (1), et à repousser *l'admission de la lésion* (2) *comme vice général du consentement.* Les actes de nature réglementaire, en effet, étant, en quelque sorte, des situations de droit objectif, ne répudient nullement les idées d'équivalence des prestations (3), d'équation des valeurs, et d'équilibre des intérêts en présence : bien au contraire, ils les supposent.

Il ne s'agit pas de vouloir rétablir l'égalité absolue des prestations réciproques, car une certaine égalité est comme le droit commun de la vie juridique, et constitue « le risque contractuel » (4). Il ne s'agit pas, non plus, de vouloir introduire une théorie nouvelle dans

---

pas, *il ne peut y avoir de liberté sans une certaine égalité.* Si l'une des parties est sans abri, sans épargne, n'est-elle pas évidemment condamnée à subir les conditions de l'autre? La location d'habitations malsaines, le prix abusif du loyer, le paiement par avance, la sujétion à un règlement d'atelier, la fixation du régime et de la durée du travail, les amendes, les retenues, les *truck and sweating system*, tout est couvert par *la fiction de la liberté des conventions* ».

(1) Cf. F. Hayem, thèse, *De l'idée de lésion entre les contrats entre majeurs,* thèse, Paris, 1899; Cf. aussi Fouillée, *Science sociale,* 2e édit., p. 410 : « qui dit contractuel dit juste ». C'est la conception purement formelle du droit qui se désintéresse de son contenu et qui ne se préoccupe pas de savoir si le droit lui-même n'offense pas la justice.

(2) La notion de lésion est constituée par un élément matériel : la disproportion énorme des prestations échangées, et, par deux éléments subjectifs : l'exploitation par le bénéficiaire du contrat, et l'état de faiblesse ou d'infériorité du lésé. Cons. sur ces divers éléments, Dijol, thèse citée, p. 15 et suiv., et 84 et suiv., et sur la définition même de la lésion, p. 7 et 8. — Pour la théorie générale de la lésion, cons. Demogue, *Traité des obligations en général, op. cit.,* I, t. I, p. 609-695, n° 391-462 *bis.*

(3) Cf. Gounot, thèse citée, p. 368-380; et surtout Maury Jacques, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français,* thèse, Toulouse, 1920, 2 tomes (t. I, La notion d'équivalence en matière contractuelle; t. II, La notion d'équivalence en matière extra-contractuelle) et notamment t. I, La fixation de l'équivalent, p. 157 à 207.

(4) Cf. Saleilles, Le risque contractuel, dans sa Préface à *La Déclaration de volonté,* 1901.

les situations qui revêtent un caractère public, sont gouvernées par des règles propres et relèvent de la juridiction spéciale du droit administratif; et il ne s'agit même pas de vouloir abolir les véritables lois privées qui, dans certains cas, paraissent constituer comme des nécessités impérieuses du commerce juridique et de la vie sociale. Si c'est bien tous les contrats d'adhésion que nous avons en vue d'une façon générale, c'est cependant tout particulièrement *les contrats d'adhésion proprement individuels,* plutôt que les conventions véritablement collectives, dans lesquels nous voudrions actuellement infuser une saine justice. Nous croyons, en effet, qu'il y aurait grand intérêt à donner droit de cité dans notre Code civil à une théorie large de la lésion, car les applicatons qu'a pu en consacrer notre législation (1) et les moyens employés par la jurisprudence (2) pour la généraliser nous paraissent incomplets et insuffisants.

Sans doute, M. Waldeck-Rousseau a dit qu'il y avait dans notre droit un principe constant: c'est qu'une loi

---

(1) Cons. dans le Code civil les articles 484, 783, 887, 1079, 1305 et suiv., qui apportent quelques exceptions au principe posé par l'art. 1118; et, depuis le Code, dans la législation la plus récente, toutes les lois industrielles et ouvrières, — notamment les décrets de 1848 sur le marchandage, les lois du 7 décembre 1909 sur le *truck system,* du 25 mars 1910 sur les économats, du 10 juillet 1915, sur le *sweating system,* — et, en outre, les lois des 12 mars 1900, 17 mars 1905, 8 juillet 1907, 26 juillet 1917, les lois sur les marchés de guerre, la réforme des art. 419 et 420 du Code pénal sur la spéculation illicite; autant de dispositions ayant pour objet de faire cesser, en les sanctionnant, les abus commis par l'une des parties qui exploite la faiblesse ou l'ignorance de l'autre.

(2) Sur les procédés jurisprudentiels d'annulation des contrats lésionnaires, tels que les théories des nullités, de la cause, de l'ordre public, de la gratuité du mandat..., voyez M. Dijol, thèse citée, p. 45 et suiv.; voy. aussi Perreau E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé, op. cit.,* 1923, t. II, p. 208 et suiv.

ne peut rien ajouter ni retrancher à un contrat intervenu entre les parties (1). Mais nous pensons avoir assez démontré que l'individualisme absolu ruine l'individu et méconnaît la véritable justice, comme le pur libéralisme détruit les libertés. L'Etat ne peut pas et ne doit pas garder une impassible indifférence en face de l'extension croissante des obligations lésionnaires; le droit français ne doit pas permettre le triomphe facile des favorisés de la nature et de la fortune. Lacordaire l'a fort bien dit: entre le riche et le pauvre, le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.

Sans doute aussi, M. Planiol, pour qui toutes les obligations dérivent de deux sources seulement, le contrat et la loi, la naissance d'une obligation ne pouvant avoir, en l'absence d'un contrat, d'autre cause que la loi, écrit-il que la volonté du législateur n'est jamais arbitraire et capricieuse et que lorsqu'elle crée une obligation, c'est à cause d'une lésion injuste, qu'il s'agit d'éviter si elle est encore à l'état futur, comme pour toutes les obligations purement légales, ou de réparer si elle est déjà réalisée comme pour les délits, les quasi-délits et les quasi-contrats (2). Et il précise nettement son opinion quand, étudiant les quasi-contrats, il fait ressortir leur caractère illicite et les ramène tous à l'idée d'un *enrichissement obtenu sans cause aux dépens d'autrui;* et comme il y a enrichissement pour l'un, il y a nécessairement lésion pour l'au-

---

(1) Discours prononcé au Sénat par M. Waldeck-Rousseau le 21 mai 1901, *Journal off.*, 1901, débats du Sénat, p. 666. — Voy. aussi Rolland, *Modifications des contrats par voie d'autorité*, in *Rev. de dr. public*, 1910, p. 309 et suiv.; et Berthélemy, notes de Dr. public, *l'Etat et le Contrat*, même revue, 1911, p. 146 et suiv.

(2) Cf. Planiol, *Traité élém. de dr. civ.*, 8e édit., t. II, Paris, 1921, n° 807, p. 255.

tre (1). Ainsi toutes les obligations non contractuelles se résument en un seul principe dont elles ne sont que les applications : *Neminem lædere, cuique suum tribuere,* éviter de nuire sans droit à autrui, donner à chacun ce qui lui est dû (2).

Mais, s'il est vrai que le besoin de la justice se fait aussi nettement sentir dans toutes les obligations qui ne naissent pas d'un contrat, pourquoi serait-il banni du domaine purement contractuel? La lésion ne serait-elle pas chose aussi grave lorsqu'elle se traduit sous la forme d'une disproportion, d'un défaut d'équivalence entre les prestations réciproques des parties qui contractent ensemble? Et le droit canonique aurait-il été mal inspiré de sanctionner les obligations au cas de « *lœsio enormis* » et d'élaborer toute une théorie du « *justum prætium* »? (3)

Relisons plutôt ces lignes de M. Durkheim: « La morale commune elle-même condamne plus sévèrement encore toute espèce de contrat léonin, où l'une des parties est exploitée par l'autre parce qu'elle est la plus faible et ne reçoit pas le juste prix de sa peine. La conscience publique réclame toujours d'une manière plus instante une exacte réciprocité des services échangés, et, ne reconnaissant qu'une force obligatoire très réduite aux conventions qui ne remplissent pas cette

---

(1) Cf. Planiol, *ibidem*, n° 812, p. 258.

(2) Cf. Planiol, *ibid.*, n° 829, p. 266. Comp. sur la théorie de l'enrichissement sans cause, R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923, 1re partie, t. III, n° 76-85, p. 121 à 139, où l'enrichissement injuste est considéré comme une théorie essentiellement objective basée sur des notions d'utilité et de solidarité sociales et sur le désir d'assurer la stabilité des patrimoines et la sécurité statique des fortunes. (Voy. notamment, p. 123, 124, 136, et 137).

(3) Cf. A. de Tarde, *L'idée du juste prix*, thèse, Paris, 1906. — Et sur la lésion dans notre ancien Droit, et aussi à l'époque révolutionnaire, cf. Demogue, *Traité des obligations en général, op. cit.*, I, t. I, p. 610-611, n° 392 et 393.

condition fondamentale de toute justice, elle se montre beaucoup moins indulgente que la loi pour ceux qui la violent » (1). Et n'oublions pas qu'à l'heure actuelle, les illusions individualistes commençant à se dissiper, il y a comme une tendance à considérer tous les contrats comme commutatifs, et *il se manifeste une sorte de retour de faveur à la rescision des contrats entre majeurs pour cause de lésion* admise dans notre ancien droit (2). Les législations étrangères et notamment les plus récentes (3) sont nettement en ce sens ; et, en France, MM. Colin et Capitant (4) n'hésitent pas à faire connaître leur sentiment d'approbation pour une telle réforme, puisqu'ils sont d'avis d'introduire dans notre législation un texte analogue à l'article 138 du Code civil allemand (5) ou à l'article 21 du Code civil suisse des obligations (6). La justice, en effet, dirons-

(1) Durkheim, *De la divis. du trav. soc., op. cit.*, p. 432.

(2) La théorie de la lésion admise dans notre ancien droit a été supprimée par la loi du 14 fructidor an III.

(3) Comp. Code civ. autrichien de 1811, § 934 et 935; lois autrichiennes des 19 juillet 1877 et 28 mai 1881 (*Ann. lég. étr.*, 1881, p. 308); Projet du Code civil hongrois de 1900, art. 957; loi anglaise du 8 août 1900; loi suédoise du 14 juin 1901; Code civil allemand de 1900, art. 138; Code civ. suisse des obligations de 1911, art. 21; Cons. aussi Raoul de la Grasserie, *Etude sur l'inégalité des contrats en droit comparé, Bull. soc. lég. comp.*, t. XL, p. 482.

(4) Colin et Capitant, *Cours él. de dr. civ.*, 2e édit., t. II, 1920, p. 289-292. Ces auteurs critiquent les solutions trop individualistes de notre Code civil en la matière, et s'affirment partisans d'une répression plus énergique de la lésion.

(5) « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul. Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation, on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux, qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante ».

(6) « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée

nous tout simplement, est au-dessus de la liberté (1), elle doit être une et entière, et si tels sont ses caractères essentiels, elle doit être aussi bien contractuelle qu'extra-contractuelle et consacrer toujours et partout la théorie des équivalents (2).

Mais doit-on s'arrêter là? Cette réforme suffira-t-elle, et n'y a-t-il pas plus à faire pour instaurer le véritable équilibre contractuel?

On pourrait peut-être élaborer une *théorie de l'imprévision* (3) qui viendrait compléter heureusement la

---

peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat, et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat ».

(1) Gounot, thèse citée, p. 388.

(2) Comp. Maury (Jacques), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1920, t. I: La notion d'équivalence en matière contractuelle; t. II: en matière extra-contractuelle.

(3) La théorie de l'imprévision est de formation jurisprudentielle. C'est la *jurisprudence administrative* qui, à ce point de vue, montre la voie au législateur, notamment par le célèbre arrêt du Conseil d'État du 30 mai 1916, à propos de la Compagnie du gaz de Bordeaux, confirmant une série d'arrêts préalablement rendus (S. 1916-3-17 et note de M. Hauriou, D. 1916-3-25; et, *pour la critique*, voy. en outre M. Duguit in *Rev. polit. et parl.* du 10 mai 1916). *La jurisprudence civile de la Cour de Cassation*, maintient, au contraire, le principe de la rigidité des conventions, n'admettant pas que la guerre soit nécessairement un cas de force majeure mettant obstacle à l'exécution des conventions, lorsque celle-ci n'est pas rendue absolument impossible, mais seulement plus difficile ou plus onéreuse. (Voy. Cass., ch. civ., 26 juin 1921, rapporté in *J. du Not. Amiaud*, n° 13 du 10 juillet 1921, p. 197 et suiv.) et Cass. Ch. civ., 30 mai 1922, rapporté in *Rev. de l'Un. gén. des Not. de France*, n° 7 du mois d'août 1922, confirmant le premier arrêt, tous deux relatifs au contrat de cheptel de fer).

Quant au législateur, il n'a admis la théorie de l'imprévision que pour les *contrats commerciaux*, par la loi Faillot du 21 janvier 1918 dont l'effet a été prorogé par la loi du 9 juin 1920; et pour les *baux à loyer* par les nombreuses lois rendues pendant et depuis la grande guerre de 1914-1918, et notamment les lois fondamentales des 9 mars 1918 et 30 mars 1922.

théorie de la lésion. Normalement, en effet, les parties sont censées ne s'engager que tout autant que les circonstances resteront les mêmes, *sic rebus stantibus;* mais, si celles-ci viennent à changer considérablement, le contrat se trouve en quelque sorte disloqué et son économie bouleversée, car il en résulte une inégalité des prestations que les parties n'ont pas prévue; si elles l'avaient prévue, elles se seraient engagées d'une façon toute différente, ou peut-être même ne se seraient pas engagées du tout. L'imprévision pourrait donc être admise comme une cause de modification des contrats, d'autant plus qu'au fond *la théorie de l'imprévision découle de celle de la lésion:* elles se rattachent toutes deux à la notion d'injustice usuraire, car il y a toujours, pour celui qui profite du contrat, un enrichissement illégitime dont il est juste qu'il rende compte (1). La lésion et l'imprévision d'une part, et l'enrichissement injuste d'autre part, sont les deux faces d'une même situation: si l'on regarde du côté de celui qui souffre d'un préjudice, l'on dira qu'il y a lésion ou imprévision suivant les cas; si l'on se tourne du côté de celui qui en profite, l'on parlera d'enrichissement injuste. Il y a, dans tous les cas, défaut d'équivalence des prestations, et absence de justice commutative, c'est-à-dire de l'égalité qui doit présider aux échanges; et il nous semble que l'on ne doit pas éternellement méconnaître les rapports du droit avec la justice (2).

Mais, à notre sens, pour si importante que soit encore une telle réforme, nous devons nous contenter de la signaler ici en passant, sans y insister plus longuement, car elle ne nous paraît pas impliquée directement dans le sujet que nous traitons. C'est surtout, en effet,

(1) M. le professeur Morin à son cours.

(2) Cons. Demogue, *Les notions fond. de dr. pr., op. cit.*, La Justice,

les modalités de réalisation de la théorie de la lésion dans la sanction des obligations lésionnaires, qu'il nous paraît indispensable de préciser en terminant.

2° *Ses Modalités de Réalisation*

Le Code ne prévoit, en principe, comme sanction des vices du consentement, que *la nullité relative* (1). Or, cette sanction n'est-elle pas, dans certains cas, véritablement trop brutale en détruisant d'une façon absolue le contrat qu'il y aurait intérêt à maintenir, sauf au besoin à l'invalider partiellement? Une sanction ne doit-elle pas être toujours souple et proportionnée au mal qu'elle doit corriger? Aussi, quand l'excès n'est pas trop grand pour entraîner la nullité pure et simple du contrat, mais cependant assez marqué pour en altérer la validité, *la réduction* nous paraît être un moyen terme, une sanction suffisante. Et il nous semble qu'il serait d'une bonne législation d'admettre la réduction quand elle accorde déjà la nullité, car « qui peut le plus peut le moins » (2), et « si l'on peut annuler un contrat en totalité, on peut encore plus l'annuler en partie » (3). Les parties sont alors censées ne pas avoir contracté des obligations aussi étendues qu'elles l'ont fait en réalité, et ainsi au contrat qui subsiste pour partie se trouve substituée pour le surplus une fiction de contrat qui a un caractère négatif.

Notre jurisprudence a essayé de créer de toutes pièces une théorie de la réduction des obligations exces-

(1) Cons. sur les effets de la lésion et son mode ordinaire de sanction qui est la nullité, Demogue, *Traité des oblig. en général, op. cit.*, I, t. I, p. 670-684, n° 442-456.

(2) Voy. Trib. Abbeville, 2 fév. 1875; confirmé Amiens, 11 fév. 1876 et maintenu par Cass., V. *Journal du Palais*, 1877, p. 113.

(3) Voy. sur toute cette théorie la thèse précitée de M. Perrin, sur *La réductibilité des obligations excessives*, Paris, 1905.

sives (1), en prenant comme base deux articles de notre Code civil: l'article 484 alinéa 2, et l'article 1896.

L'article 484 al. 2 admet la réduction, en cas d'excès, des obligations contractées par le mineur émancipé « par voie d'achats ou autrement » ; et la jurisprudence a étendu ce texte aux prodigues et aux faibles d'esprit, ou plus exactement elle leur a appliqué en fait les dispositions de cet article, sans s'y référer, en parlant simplement d'excès et non de réduction (2).

Mais c'est surtout au moyen de l'*article* 1896 *relatif à la gratuité du mandat* que la jurisprudence a pu fonder une théorie plus large de la réductibilité (3). Aux termes de cet article, « le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire ». Il devrait en résulter qu'en présence d'une convention de rémunération, le juge n'a aucun pouvoir; mais le texte a été interprété tout autrement, et le juge l'a invoqué pour s'autoriser à examiner l'importance et la légitimité de cette rémunération. Et comme n'étaient soumises au contrôle judi-

(1) Voy. Douai, 9 fév. 1893, D. 93-2-213, et Req. Cass., 30 juil. 94-1-340. Cons. Perreau E.-H., *Technique et jurisprudence en droit privé*, 1923, t. II, p. 214 et suiv.

(2) Voy. deux arrêts de la Cour de Cassation: Req., 1er avril 1855, D. 1855-1-129, et Ch. Civ., 1er août 1860, S. 1860-1-929 et D. 60-1-316.

(3) Sans doute l'art. 1244 permet bien au juge de réduire indirectement des obligations excessives au moment de l'exécution, en accordant des *délais de grâce* aux débiteurs et en atténuant la rigueur de certaines conventions (ventes à terme ou à tempérament stipulant des déchéances successives au cas de non-paiement d'un seul terme). Mais le Code civil ne permet pas au juge d'aller plus loin et de se montrer bienveillant quand il y a des *clauses pénales exagérées*, car les clauses pénales sont considérées comme faisant la loi des parties, à cause de leur caractère forfaitaire (art. 1152 et 1231). Voy. au contraire dans les Codes récents: § 343 du C. civ. allemand, et art. 182 du C. féd. suisse des obligations. — La jurisprudence a bien essayé de réagir, mais elle ne l'a pu que dans une bien faible mesure (sur les divers moyens détournés employés à cet effet, voy. Perrin, thèse citée, p. 226 et suiv.).

ciaire que seules les opérations qui constituaient véritablement des mandats, la jurisprudence a inventé un stratagème pour agrandir son champ d'action: elle a introduit l'idée de mandat dans un certain nombre d'autres contrats, le louage de services en particulier, en appelant mandats des contrats dont la nature juridique était bien différente (1). En effet, les deux éléments constitutifs du mandat faisaient défaut: le pouvoir de représenter le mandataire et celui d'accomplir en son nom des actes juridiques. Ainsi, au moyen de la création d'une fiction spéciale de contrat de mandat, la jurisprudence a pu étendre encore la théorie de la réduction des obligations excessives, et, partant, les fictions négatives de contrats.

Sans doute, *la doctrine proteste toujours* en invoquant l'article 1134 du Code civil, en vertu duquel, en l'absence d'un texte spécial et formel, les conventions légalement formées font la loi des parties (2), et elle fait ressortir la fausse interprétation de l'article 1896 sur la gratuité du mandat. Mais la jurisprudence, qui tient au principe de la réduction, le justifie par l'article 1999 du Code civil relatif aux obligations du mandant envers le mandataire. Cet article dispose dans son premier alinéa que le mandant doit rembourser au mandataire tout ce qu'il a dépensé, frais et avances, et lui payer les salaires promis. Or, ensuite, dans son 2e alinéa, il stipule qu'au cas où l'affaire n'a pas réussi et en l'absence de toute faute du mandataire, le mandant

(1) Ainsi la jurisprudence a considéré comme des mandats les rapports qui lient un client à son avocat, à son médecin, à un peintre, à un architecte, à un sculpteur...

(2) Cf. par ex. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 311. « Le juge ne pourrait modifier les éléments d'une convention sous prétexte que les conditions imposées à l'une des parties seraient contraires à l'équité, draconiennes, léonines; il n'a pas le pouvoir d'atténuer la rigueur des obligations imposées aux parties. »

« ne peut se dispenser de faire ces remboursement et paiement, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres », et il ne parle plus du paiement des salaires. C'est donc, conclue-t-on, par un argument a contrario, que le montant du salaire peut être diminué quand il est excessif (1).

Mais, en vérité, la réduction des obligations excessives, qui est créatrice d'une fiction négative et partielle de contrat, nous paraît reposer avant tout sur *une grande idée d'équité et de justice contractuelle.* Et l'explication qu'en fournit la jurisprudence demeure nettement insuffisante et évidemment inélégante au point de vue strictement juridique, puisqu'elle est en marge du Code. C'est pourquoi nous pensons qu'il y aurait lieu de consacrer enfin dans la législation française *le principe de la réduction des obligations* contenant une lésion anormale d'une des parties et contractées par elle dans un état de crainte, de nécessité, d'inexpérience, de légèreté, ou sous l'empire d'une erreur que le cocontractant a causée ou connue au moment du contrat (2).

Nous disons plus. La réduction de l'obligation excessive du lésé ne sera pas toujours suffisamment opérante et adéquate au but poursuivi, car il est des cas, dans le contrat de travail par exemple, où la sanction véritablement efficace consistera dans *l'aggravation des obligations de l'autre partie,* nous voulons dire de celle qui

(1) Voy., sur l'ensemble de la question, les arrêts suivants de la Cour de Cass., 13 mai 1884, D. 85-1-21 et S. 85-1-345; — Cass. civ., 29 janvier 1887, D. P. 67-1-53, et S. 67-1-245; — Cass., 24 février 1891, D. 91-5-336; — Cass., 27 janvier 1908, D. 1908-1-155; — Cass. Req., 12 décembre 1911, D. P., 1913-1-129 et note de M. Feuilloley, S. 1913-1-374; — Cass., 11 mars 1913, D. P., 1913-1-408 et S. 1913-1-240.

(2) Voy. Perrin, thèse citée, p. 332 et 337.

profite du contrat : ce n'est pas tant en effet, par exemple, la réduction de ses heures de travail que l'ouvrier réclame, que l'augmentation de son salaire, lorsqu'il trouve celui-ci usuraire (1).

A notre sens, quand la rescision d'un contrat ne paraît présenter aucune utilité, le juge devrait être autorisé à le maintenir, soit en réduisant les obligations du lésé, soit en augmentant celles de l'exploiteur. Avec une telle réforme, besoin ne serait plus de faire du pur interventionnisme judiciaire et de torturer des textes pour en dégager un principe qu'ils ne contiennent pas.

C'est pourquoi nous applaudissons avec plaisir au dépôt sur le bureau de la Chambre des Députés, par MM. Guibal et Dupin, les éminents députés de l'Hérault et de la Loire, d'une proposition de loi (2) qui a pour objet de réformer le texte trop restreint de l'ar-

---

(1) Voy. M. Dijol, *La justice dans les contrats*, *op. cit.*, p. 107-108.

(2) Proposition de loi n° 1.112, présentée à la Chambre des députés le 21 juin 1920, par MM. Guibal et Dupin, députés, ayant pour objet de modifier les articles 1118 et 1674 et suivants du Code civil concernant la validité des conventions et la rescision des ventes. Cette proposition de loi qui est relative à la rescision et à la réduction des contrats entre majeurs pour cause de lésion et ne déroge en rien aux dispositions actuellement en vigueur au profit des mineurs (art. 484 pour les mineurs émancipés et art. 1304 pour les mineurs non émancipés) est ainsi conçue :

ARTICLE PREMIER. — L'article 1118 du Code civil est remplacé par les dispositions suivantes :

« La lésion est une cause de rescision des conventions, si la disproportion des obligations qui en résulte est *énorme* et a été déterminée par l'*exploitation* de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience du lésé.

» L'usage même courant ne justifie point la disproportion des obligations si cet usage consacre une exploitation.

» Le contrat pourra être maintenu si le lésé obtient une *réduction* de ses obligations ou une *augmentation* des obligations de l'autre partie.

» Le délai pour obtenir la rescision sera de cinq ans, à dater de la conclusion du contrat. »

ticle 1118 du Code civil sur la lésion et d'abroger les articles 1674 et suivants du même Code sur la rescision des ventes, et qui tend à faire considérer, en principe, dans les conventions entre majeurs, la lésion comme un vice général du consentement au même titre que l'erreur, le dol et la violence, mais constituant aussi bien une cause de réduction ou d'augmentation des obligations que de rescision du contrat lui-même.

Article 2. — Les articles 1674, 1675, 1676, 1677, 1678, 1679, 1680, 1681, 1682 et 1685 du Code civil sont abrogés. »

Cette proposition de loi a fait l'objet d'une importante discussion à l'assemblée générale de la Société des Etudes législatives du jeudi 15 décembre 1921, sous la présidence de M. Ambroise Colin, vice-président de la Société. Le projet de la commission, présenté avec rapport de M. Demogue, disposait:

Article premier. — « L'article 1118 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit: La lésion n'a d'effet, dans les conventions entre majeurs, que si la disproportion qui en résulte est de plus de moitié et a été déterminée par l'exploitation des besoins, de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience du lésé.

La partie lésée a droit à une indemnité pour le préjudice subi, sous déduction d'un dixième de la valeur totale de ses prestations, mais l'autre partie a la faculté de restituer toutes les prestations reçues.

La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années à compter du jour du contrat ou après transaction.

Aucune action n'a lieu pour un contrat aux enchères ou au rabais reçu par un officier public.

Article 2. — Les articles 1674 à 1685, alinéa 2, 888 à 891 du Code civil sont abrogés. »

Mais après discussion, à laquelle prirent part MM. Guibal et Dupin, il a été considéré comme admis, notamment: que la sanction de la lésion ne devait pas être une action en indemnité, mais bien une action en nullité, qui ne réagirait pas contre les tiers; que le juge aurait à apprécier lui-même l'énormité de la lésion, et, qu'en conséquence, il y avait lieu de rejeter une fixation par trop arbitraire d'outre moitié; que l'exploitation des besoins serait une cause de rescision; et que le délai de l'action en rescision serait de deux ans.

Voyez le compte rendu de toute la discussion, dans le *Bulletin de la Société*, 1922, n° 1-2, question n° 46, p. 25-53; et sur les points particuliers de savoir s'il y a lieu d'appliquer la réforme en matière commerciale, et d'abroger les articles 1674 à 1685 et 888 à 891 du Code civil, voy. p. 35-37 et 50-52 du *Bulletin*.

Nous faisons des vœux pour que cette proposition, émanation en quelque sorte de l'âme contemporaine dans son aspiration vers la réalisation de la plus haute justice conforme à l'utilité sociale, se transforme prochainement en loi et vienne régénérer la théorie un peu vieillie des obligations de notre Code civil.

Ainsi, en reconnaissant la lésion comme un vice général du consentement avec les diverses sanctions que nous venons d'indiquer, on atténuerait, dans la mesure où la justice contractuelle exige qu'elle le soit, la fiction de contrat qui résulte du déséquilibre des forces contractantes lors de l'élaboration même du contrat. Et ainsi, *au lieu d'être « un instrument de maîtrise d'une volonté sur l'autre », le contrat pourrait devenir « un procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs pour la satisfaction des intérêts réciproques »*, comme s'est exprimé si heureusement M. Saleilles (1).

---

(1) Saleilles, *De la déclaration de volonté, op. cit.*, p. 228.

CONCLUSION

Nous voilà ainsi arrivés au terme de cette étude, dans laquelle nous avons d'abord essayé de construire une théorie générale de *la fiction de contrat,* et ensuite, en analysant *les fictions de contrats* qui nous ont paru les plus caractéristiques, de vérifier et d'expérimenter en quelque sorte le bien fondé de notre exposé théorique afin de le confirmer.

Il ne nous reste plus maintenant qu'à faire, par voie d'induction rapide, la synthèse générale des diverses sortes de fictions de contrats: à dire définitivement ce que nous pensons d'abord du procédé technique qu'elles constituent aux mains du législateur et du juge, et ensuite de la place qu'elles tiennent parmi les sources des obligations.

I

« La simulation, a écrit M. Cruet, a été à Rome un instrument précieux de progrès juridique pour étendre au-delà de leur portée primitive certaines règles trop étroites ou pour soustraire certains cas à leur application, les parties supposant volontiers comme accompli tel fait qui ne l'avait pas été réellement et comme existante telle situation qui n'avait jamais existé » (1). Mais en est-il toujours de même aujourd'hui?

(1) Cf. Cruet, *op. cit.*, p. 32.

Le *législateur* peut assez facilement se dispenser de se servir de fictions de contrats. Il est le maître qui ne connaît pas d'autorité supérieure et peut, s'il le veut, commander sans rechercher à avoir l'air de faire la volonté de ceux qui lui doivent obéissance (1). Il est inutile le plus souvent qu'il fasse dériver l'obligation d'un contrat par la voie de la fiction, s'exposant ainsi à dénaturer les faits, quand il lui suffit, en l'absence de tout contrat, de créer des obligations légales basées sur l'équité, et de soumettre ainsi les parties à l'observation de la loi impérative.

Mais *le juge et l'interprète* ne jouissent pas de la même indépendance que le législateur, et, dans l'impossibilité où ils se trouvent de créer, par voie d'autorité, des règles nouvelles, ils sont souvent obligés de recourir largement au procédé technique de la fiction pour assurer la réadaptation constante du droit à la réalité et éviter ainsi la révolte des faits contre la législation rigide et immuable des Codes. Et cette nécessité croît à mesure qu'on s'éloigne des époques de codification, car il est difficile, même aux lois postérieures qui peuvent innover sur des points particuliers, de modifier tout l'esprit d'une législation déjà ancienne et d'infuser dans tous les membres d'un corps déjà vieilli une vie entièrement nouvelle. Alors, ainsi que l'a écrit M. Gény, « obligées de combler les lacunes de la loi écrite et de subvenir à tous les besoins juridiques de la vie sociale, comment la doctrine et la jurisprudence y parviendraient-elles, sans ruser parfois avec une réalité trop rigide et l'infléchir, au moyen de concepts quelque peu imaginaires, vers des règles établies pour des situations différentes? Ainsi, et en attendant

---

(1) Cons. Cruet, *La vie du droit, op. cit.*, chap. III, La psychologie de l'obéissance aux lois, p. 213 et suiv.

qu'elles aient découvert une représentation vraiment adéquate, elles seront entraînées non seulement vers des comparaisons ou des explications de caractère théorique, facilitant l'extension à des cas nouveaux de notions préétablies ou acquises, mais, parfois, vers des suppositions de faits mensongers, nécessaires pour faire entrer une hypothèse intéressante dans un cadre juridique qui ne la contient pas jusqu'alors » (1).

Aussi, au point de vue spécial qui nous intéresse ici, nous admettons *la fiction de contrat* quand elle est *proprement assimilatrice,* c'est-à-dire quand elle consiste dans l'élaboration de contrats par voie d'assimilation à des types de contrats préexistants, mais à la condition qu'elle soit faite pour donner, au moyen d'un vêtement de confection, si l'on peut parler ainsi, une réglementation légale à des situations non prévues par la loi, et, par conséquent, dépourvues de tout vêtement fait sur mesure. Et nous admettons aussi *la fiction de contrat purement constructive,* qui a pour objet de construire un contrat ostensible n'offrant aucune utilité immédiate par lui-même, lorsqu'elle permet de réaliser des fins, contractuelles ou non contractuelles, justes et équitables, que la législation ne permet pas d'atteindre directement. Et cela, surtout quand il s'agit de contrats apparents qui, à la différence des contrats simulés, sont exempts de toute véritable fraude.

La fiction de contrat, sous ces deux formes assimilatrice et constructive, rend alors des services précieux en acclimatant certaines institutions ou règles, qui se seraient difficilement introduites par voie directe (2). Nous la considérons comme une *nécessité provisoire* (3)

---

(1) Gény, *Science et technique,* t. III, n° 250, p. 432-433.
(2) Gény, *Science et technique,* t. III, n° 244, p. 392.
(3) Ihering, *Espr. du dr. rom., op. cit.,* t. IV, p. 296 et suiv.

permettant d'entretenir la vie du droit et en quelque sorte d'en assurer la socialisation (1), c'est-à-dire de le rendre plus compréhensif, plus large, plus souple et plus équitable, tant que la loi se révèle incapable ou impuissante. « La vie, en effet, n'attend pas durant le sommeil du législateur et il faut créer du droit jusqu'à son réveil » (2), et mieux vaut une science marchant avec des béquilles que condamnée à l'immobilité la plus complète. Or, en précisant que, sous ces formes, la fiction de contrat correspond à ce que l'on a dénommé *sa fonction historique* et donc doit demeurer autant que possible un *procédé transitoire,* nous rappelons suffisamment que nous ne comprenons son concours qu'en l'absence de toute disposition légale positive ou de tout *contrat sui generis*, et en attendant, sans trop d'impatience d'ailleurs, la réglementation définitive, qui doit être l'œuvre du législateur.

Mais, au contraire, pour *les fictions de contrats purement interprétatives,* de caractère plus dogmatique parce que correspondant au rôle plus permanent de la fiction, et qui, pour l'explication de certaines situations juridiques, consistent à considérer les parties comme ayant contracté alors qu'il n'en est rien, nous pensons qu'il y a lieu de distinguer. Si la commune intention des parties est vraiment connue ou connaissable, ou même simplement possible et vraisemblable, la fiction de contrat étant alors subjective peut être admise quand il y a au moins apparence de contrat; elle constitue

(1) J. Charmont, *Le droit et l'esprit dém., op. cit.,* La socialisation du droit, p. 38-80.

(2) Gény, *Méth. d'interpr., op. cit.,* p. 587. Il y a même plus en réalité; voy. Cruet, *La vie du droit, op. cit.,* p. 247: « La loi elle-même paralyse la vie du droit; or, s'il s'arrête il est nécessairement dépassé, car pendant que le législateur se repose sur un Code, la société ne cesse d'être en traavil. » Cf. aussi, p. 251.

une sorte d'artifice de langage destiné à donner une expression nette de la pensée des contractants et ainsi on conserve le principe du respect des volontés individuelles. Mais si la commune intention est absolument méconnaissable et inexistante, les parties n'ayant rien voulu, il ne faut pas parler de fiction de contrat, car il y a véritable absence de tout contrat, il faut alors rejeter la fiction qui est inutile et dangereuse, et adopter des explications plus franches, basées sur *l'équité, l'intérêt général et l'utilité sociale,* et par là même plus conformes aux exigences de la linguistique du droit faite essentiellement de vérité et de précision. Qui ne voit, en effet, l'illogisme et même le ridicule du raisonnement individualiste? On commence par constater le fait: les parties n'ont pas contracté, et elles n'ont rien voulu; cependant, on considère qu'elles sont censées avoir fait un contrat; on en conclut qu'elles l'ont fait et donc qu'elles ont tacitement voulu. L'inanité d'un tel syllogisme éclate à tous les yeux et il serait parfaitement inutile de le commenter plus longuement. Si cependant nous avons principalement examiné les hypothèses où il faut rejeter la fiction de contrat, c'est pour mieux en montrer l'inutilité et l'inconvénient, car il est toujours bon de se risquer à grossir un peu les traits d'un tableau quand on veut qu'il puisse affronter plus aisément l'épreuve du temps ou frapper plus fortement les imaginations. Mais ce n'est pas pour condamner la fiction dans les cas où nous avons vu qu'elle peut rendre des services, et même en dehors du domaine contractuel et juridique, dans l'élaboration de la loi scientifique où elle permet au savant de poursuivre ses conquêtes, et dans la société humaine qui vit assez souvent de fictions d'une façon à peu près inconsciente.

II

La théorie classique pour laquelle il n'existe que deux grandes sources d'obligations, la loi et le contrat, nous

paraît inexacte pour deux raisons principales : elle donne une importance excessive au contrat au détriment de la loi, et aussi, pourrait-on ajouter, de l'équité; et d'autre part elle ne comprend plus absolument aujourd'hui toutes les sources des obligations.

Et d'abord, la théorie classique donne une importance excessive au contrat, au point de ne voir partout que des contrats et de tout ramener au contrat: quasi-contrat, déclaration unilatérale de volonté, institutions diverses et loi elle-même.

Et cependant, nous l'avons vu, le *quasi-contrat* n'est nullement un contrat fictif, mais s'explique par des considérations d'équité se résumant dans le grand principe de l'enrichissement injuste, que notre Code devrait consacrer expressément.

L'obligation engendrée par *la déclaration unilatérale de volonté* ne naît pas toujours comme d'un contrat, car la validité de la volonté unilatérale n'est pas nécessairement subordonnée à la rencontre d'une autre volonté et peut dans certains cas produire par elle-même des effets de droit.

Les groupements, tels que la famille, les associations, les sociétés, les syndicats et les corps professionnels, sont peut-être issus d'un contrat, mais constituent en eux-mêmes de véritables institutions qu'il ne faut pas emprisonner dans la geôle contractuelle, comme le fait la doctrine individualiste pour laquelle le contrat constitue « l'idée directrice de la société moderne » (1). Il ne peut y avoir que des contrats fictifs, car ce serait mutiler trop atrocement la réalité et ne voir que des agrégats informes d'atomes (2) là où il y

(1) Fouillée, *Science sociale contemporaine,* 2e édit., 1885, p. 85.

(2) Cf. Korkounov pour la conception mécanique de la société, laquelle se réduirait à une collection inorganique d'individus, absolument indépendants des générations passées comme de celles à venir. In *Théorie générale du droit,* Tchernoff, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 281.

a des organismes vivants (1), et le droit dépouillé de toute vitalité cesserait par là même d'être le droit.

La Loi enfin, même quand elle est impérative, a été considérée à tort comme d'origine contractuelle par une extension excessive du principe d'autonomie de la volonté, alors qu'en réalité la loi interprétative elle-même est le plus souvent dispositive à quelque degré.

Et d'ailleurs, non seulement la théorie classique étend à l'excès le domaine du contrat qui, à trop embrasser devient une fiction et par là diminue l'importance de la loi, mais même *elle considère à tort le contrat comme une source de droit sacrée et absolument intangible.* Elle méconnaît les considérations objectives de saine justice contractuelle qui impliquent l'équilibre des prestations, et elle s'oppose malheureusement à la rescision et à la réduction des obligations nettement excessives et lésionnaires, consacrant ainsi des principes exagérément individualistes qui sont ceux de notre Code civil. Il y a alors un conflit entre l'équité et la loi existante, et, dans ce conflit, nous nous déclarons pour le triomphe de l'équité, mais en souhaitant cependant que sera modifiée la loi elle-même, parce qu'il n'est pas possible de faire du droit social avec une législation écrite qui demeure toujours individualiste.

Il y a plus. *La division des sources des obligations en deux, la loi et le contrat, ne comprend plus absolument toutes les sources d'obligations actuelles.* Sans doute, la doctrine classique s'en contente, mais c'est en présu-

---

(1) Hauriou, *Principes de droit public*, p. 213: « ...Peu à peu, l'institution sociale reprend de la force comme figure juridique, et *le contrat*, après avoir régné souverainement dans le droit contemporain *va voir décliner son prestige.* On constatera que toutes les fois qu'il est à long terme ou toutes les fois qu'il intéresse les collectivités, *il s'absorbe dans l'institution.* »

mant des volontés et en faisant rentrer dans le contrat, par voie de fiction, les actes de nature statutaire et réglementaire, comme les conventions collectives, et les contrats d'adhésion. Et ainsi elle ignore la véritable vie corporative.

C'est pourquoi il vaut mieux reconnaître franchement qu'à côté de la loi ordinaire et du contrat il existe une source intermédiaire d'obligations, *une sorte de convention-loi ou de loi privée;* ce qui n'a rien de surprenant par suite de la décentralisation législative que les faits et le droit lui-même nous révèlent, et en vertu de laquelle les groupements, où règne souveraine *la loi de la majorité,* légifèrent peu à peu pour eux-mêmes.

Si l'on veut bien l'admettre, on ne sera plus alors tenté d'étendre abusivement la notion de contrat par la fiction qui vient souvent peser lourdement sur la réalité; en effet, « sous la pression des faits, les vieilles conceptions juridiques disparaissent, des institutions nouvelles se forment, et si, pour étudier le droit moderne, on se borne à commenter les textes de nos Codes, on ignore à peu près la réalité et on aboutit à l'impuissance si l'on veut faire rentrer les catégories juridiques dans les vieux cadres rigides du système civiliste » (1).

Aussi, bien loin de souhaiter avec M. Fouillée (2) que l'idée de contrat qui, d'après lui, remplit les neuf dixièmes de nos Codes, finisse un jour par y figurer depuis le premier article jusqu'au dernier, *nous formons au contraire le vœu qu'à un droit trop exclusivement individualiste et contractuel succède un droit plus social et plus institutionnel.*

---

(1) Cf. Duguit, *Les transf., op. cit.,* p. 175-176.

(2) Cf. Fouillée, *Sc. soc., op. cit.,* p. 394 et p. VIII.

***

Notre seule ambition a été d'essayer d'apporter un peu de précision dans la notion de contrat, si claire en apparence et génératrice cependant de solutions fausses, incohérentes ou du moins mal motivées. Et si, en recherchant le vrai rôle de la volonté individuelle dans le contrat, nous avons été amenés à réduire son importance et en conséquence à réduire le domaine du contrat classique lui-même, nous croyons nous être simplement engagés, après d'autres d'ailleurs, sur la voie qui doit conduire à une notion plus conforme aux faits et tenant compte du crédit social et de l'intérêt général.

Nous ne voulons pas nécessairement en conclure qu'il y a lieu d'être toujours aussi absolu pour toutes les fictions. Sans doute, les fictions, par cela même qu'elles transforment les réalités au lieu de les présenter simplement, sont d'un maniement délicat et dangereux et exigent un contrôle incessant, mais leur utilité est souvent évidente à cause de *l'infirmité naturelle de notre esprit* qui n'a pas toujours la souplesse assez grande pour concevoir vite et bien. Ne pouvant atteindre d'un seul coup la perfection, pourquoi en effet nous priver d'un procédé qui, malgré ses défauts, nous permet de progresser en attendant d'avoir découvert et mis au point des moyens plus adéquats aux fins que nous voulons réaliser? Le manteau de la fiction peut être parfois un procédé facile pour faire plus aisément passer dans la vie des solutions utiles et justes (1).

Seulement, *il y a, à notre avis, entre les fictions ordinaires et la fiction spéciale de contrat, une grande différence:* les premières jouent en général un rôle pure-

(1) Cf. Gény, *Science et technique*, t. III, n° 251, p. 436.

ment technique et ne vont pas plus loin; la Fiction de Contrat, au contraire, si elle est aussi un mécanisme technique, déborde très souvent sur le domaine proprement scientifique du droit qu'elle déforme presque inévitablement. La fonction du contrat est si importante et si passionnément discutée dans la vie juridique, on l'a vu, qu'en l'étendant au moyen de la fiction, on parachève en quelque sorte une discipline du droit toute individualiste qui fait envisager sous un jour tout spécial les rapports généraux des phénomènes et tout le donné de la vie sociale.

Aussi, les répercussions et les conséquences fâcheuses de l'admission de la fiction de contrat étant beaucoup plus complexes et lointaines que celle de la fiction ordinaire de droit, son emploi doit être fait avec beaucoup plus de discernement et de circonspection. Et souvent même, quand la fiction de contrat arrive à dénaturer les faits « pour recouvrir, sans profit sérieux, un principe de justice, clair et fécond, le mieux serait de l'abandonner franchement et de revenir à une vérité des choses, seule susceptible de fournir ici les résultats désirables » (1). Cette vérité, nous l'avons dit, est révélée par les besoins profonds de l'utilité et de l'équité sociale, et la fiction contractuelle qu'on prétend à tort lui substituer continuellement n'a, en somme, souvent de valeur qu'à titre de comparaison de situations voisines (2).

On ne doit pas oublier, en effet, que si, au nombre des mensonges traditionnels de la civilisation, la fiction est un mensonge qui peut être utile et même nécessaire en constituant à certains moments un instrument

(1) Gény, *Sc. et tech.*, t. III, n° 247, p. 418.

(2) Cons. notamment L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse, Paris, 1914, *passim*, et surtout dans ses conclusions, sur la valeur de la fiction en général.

de progrès, elle reste néanmoins au fond *une hypocrisie du droit* qu'il « ne faut pas faire la folle gageure de perpétuer dans le but hasardeux de sauver les apparences, en établissant entre des principes et une pratique profondément contradictoires, un accord purement extérieur. Si l'on ne peut pas gouverner par la loi, il faut bien gouverner par la science et, si la fiction ne trompe plus personne, il faut bien mettre un dernier espoir dans la vérité » (1). Il faut, autant que possible, éviter d'habituer l'esprit à substituer le concept à la réalité elle-même et à ne voir cette réalité qu'à travers des symboles, car, dans la discipline juridique comme dans les autres sciences vraiment humaines, la loyauté et la franchise sont toujours préférables à la duplicité intellectuelle.

Aujourd'hui, d'ailleurs, le vieil édifice individualiste dans lequel la société a vécu pendant plus d'un siècle commençant à craquer de toutes parts, les masques tombent, les supercheries éclatent et le sacrifice du contrat fictif tend à se consommer ; aussi pensons-nous qu'il y a souvent mieux à faire qu'à vouloir s'acharner à donner la vie au néant. M. Gény l'a encore dit très justement : « Le secret intime de la vie juridique ne s'aperçoit pas de l'observatoire élevé des spéculations abstraites, mais ne peut être saisi que de près, et sur le terrain concret de son développement vivant » (2). C'est pourquoi, au lieu de s'attacher toujours à des doctrines et à des formules, résidus figés de la pensée et de l'action » (3), qui s'évanouissent le plus sou-

(1) Cruet, *La vie du droit, op. cit.*, p. 17.

(2) Cf. Gény, *Science et technique, op. cit.*, t. I, 2e tirage, 1922, Introd. p. 4 *in fine* et p. 5.

(3) Cf. E. Boutroux, Préface à *L'Expérience religieuse*, de W. James, p. 8.

vent au simple examen de la réalité, comme les soi-disant principes basés sur la fiction de contrat, nous croyons que le juriste devrait plus souvent « se pencher avec amour sur la vie elle-même prise dans sa source pure et jaillissante » (1), et laisser aux magiciens les procédés de prestidigitation. La technique la meilleure est toujours celle qui serre de plus près la réalité (2), les rapports de la vie contenant en eux-mêmes les lois qui les doivent régir.

Alors, les principes trop exclusivement individualistes, auxquels le juriste est naturellement porté à se cramponner et que nous condamnons surtout en ce qu'ils ont de trop absolu et méconnaissent complètement l'avénement du droit social, apparaîtraient sous leur véritable jour. Nous croyons, en effet, qu'il y aurat lieu d'incliner davantage vers de nouvelles manières de sentir moins subjectives, car, à notre sens, si le droit ne doit pas être exclusivement social, il ne doit pas être non plus purement individualiste (3), mais un harmonieux mélange des deux éléments, ou du moins, si on le veut absolument, à caractère individualiste, mais très largement tempéré par les nécessités de l'utilité sociale.

Sans doute, comme la loi de discontinuité régit tous les progrès humains, nous ne nous dissimulons nullement que les vœux que nous formons seront encore longs à réaliser et demanderont avec de persévérants efforts, du temps et de la patience. Mais peu importe en somme les difficultés, les à-coups et les reculs passagers, pourvu que l'objectif puisse un jour être at-

---

(1) Cf. E. Boutroux, *ibidem*, p. 8.

(2) Cf. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1re partie, 1906, p. 13.

(3) Comp. Meynial, *La déclaration de volonté*, in *Rev. de dr. civil*, 1902, p. 568-573; — Demogue, *Traité des obligations en général, op. cit.*, I, t. I, p. 84-88, n° 28-32.

teint pleinement. « Deux pas en avant, a écrit Pascal, puis un pas en arrière, une hésitation, un repos. Puis trois pas en avant et encore un en arrière, une halte. Et maintenant définitivement en avant! »

Montpellier, le 17 juillet 1923.

Vu et approuvé:

Le Président de Thèse,

G. Morin.

Vu, le 17 juilet 1923.

Le Doyen,

Moye.

Vu et permis d'imprimer:

Montpellier, le 17 juillet 1923

Le Recteur,

J. COULET.

BIBLIOGRAPHIE

ARON (G.). — *Théorie générale des présomptions légales en droit français.* Thèse, Paris, 1895.

AUBRY. — *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé. Journal de droit international privé,* Clunet, 1896, p. 465 s. et 721 s.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français,* 8 vol. Paris, Marchal et Billard, 1897, 1900, 1902, 1909.

BALLOT-BEAUPRÉ. — *Discours prononcé le 29 octobre 1904 à la Sorbonne, à l'occasion du centenaire du Code civil.* Imprimerie Nationale, 1904.

BARRAULT. — *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations.* Thèse, Dijon, 1912.

BEAUSSIRE (T.). — *Les principes du droit.* Alcan, 1888.

BERGSON. — *L'évolution créatrice.* Alcan, 21e édit.

— *Vérité et réalité.* Préface au *Pragmatisme de W. James.* Trad. franç. Le Brun, E. Flammarion, édit.

BERLAND (J.). — *Essai d'une théorie générale des présomptions envisagées comme moyens de preuve pour l'Administration de l'Enregistrement.* Thèse, Dijon, 1901.

BERTHÉLEMY. — *Notes de Droit public, L'Etat et le Contrat,* in *Revue de dr. public,* 1911, p. 146 s.

BEUDANT (Ch.). — *Le droit individuel et l'Etat.* Paris, Rousseau, 1891.

BIERLING. — V° *Rechtvermithungen,* dans *Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung,* de Fr. von Holtzendorff, 3 Auflage. II Theil, Rechtslexikon, t. III, Leipzig, 1881, p. 300 s.

— V° *Fiktionen,* dans la même Encyclopédie. Zweiter Theil, Rechtslexikon, 3 A., Leipzig, t. I, 1880, p. 830 s.

Binet (Pierre). — *La femme dans le ménage.* Thèse, Nancy. 1904.

Boistel. — *Philosophie du droit,* 2 vol. Paris, Fontemoing, 1899.

Bouglé. — *Le solidarisme* (ch. III). Paris, Giard et Brière, 1907.

Bougaud (Ch.). — *L'évolution juridique et les tendances sociales, Chronique sociale,* 1910, p. 427 s.

Bouty. — *La vérité scientifique, sa recherche.* Paris, 5e édit., 1905.

Brocher. — *La genèse du contrat,* in *Rev. gén. de droit,* 1897, p. 517 s.

Brunet (Maurice). — *La guerre et les contrats,* Thèse, Aix, 1917.

Bufnoir (C.). — *Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations, par MM. Barlin, Deschamps, Deslandres, Pillet, Saleilles, Timbal.* Rousseau, 1900.

Bulletin *de la Société d'études législatives, compte rendu de la réunion de l'Assemblée générale du jeudi 15 décembre 1921, sur la discussion de la proposition de loi de MM. Guibal et Dupin, députés, relative à la lésion.* 1922, n° 1-2, question n° 46, p. 25-53.

Burckhard (H.). — *Die Civilistischen Prâsumtionem.* Weimar, 1866.

Cailleux. — *Règlements d'atelier.* Thèse, Paris, 1900.

Capitant. — *Introduction à l'étude du droit civil.* Paris, Pedone, 3e édit., 1912.

Cauvière (J.). — *Un prétendu cas de vente à tempérament,* in *Annales de droit civil,* 1902, t. XVI, 1re partie, p. 49-56.

Chaîne (P.). — *L'enrichissement sans cause dans le droit civil français.* Thèse, Lyon, 1909.

Charmont (J.). — *Sources du droit positif à l'heure actuelle,* in *Revue de métaphysique et de morale,* 1906.

— *Le Droit et l'esprit démocratique.* Montpellier, Coulet, et Paris, Masson, 1908.

— *La renaissance du droit naturel.* Montpellier, Coulet, et Paris, Masson, 1910.

— *Les transformations du droit civil.* Paris, Armand Colin, 1912.

Chatelain. — *Lésion et tarification dans le contrat de travail.* In *Revue trimestrielle de droit civil,* 1907, p. 89 s.

Claretie (G.). — *L'usure en matière civile et pénale.* Thèse, Paris, 1901.

Colin (P.). — *Théorie de la cause dans les obligations conventionnelles.* Thèse, Paris, Larose, 1896.

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français, 2e édit.*, 3 tomes. Paris, Dalloz, 1919-1921.

COLLECTION *des principaux Codes étrangers: Nouveau Code civil allemand, Nouveau Code fédéral suisse des obligations.* Paris, Imprimerie nationale.

COMEIRAS (De). — *De la lésion.* Thèse, Toulouse, 1881.

CORALNIK (A.). — *Die Philosophie der Fiktion.* In *Archiv. für systematische Philosophie de L. Stein*, 1914, t. XX.

COURCELLE-SENEUIL. — *Préparation à l'étude du droit.* Guillaumin, 1887.

CRÉPON. — *Rapport, sur le contrat de report,* précédant Civ. cass., 1er mars 1897; *Sirey*, 97-1, p. 221-224; *J. Pal.*, 1897-1-220; *Pand. fr.*, 1897-1-377.

CRÉTINON. — *L'autorité et le contrat. Chronique du Sud-Est*, 1907, p. 317 s.

— *Le point de vue individualiste et le point de vue social dans le droit.* In *Semaine sociale de Bordeaux*, Lyon-Paris, 1909, p. 127 s.

CRUET (Jean). — *La vie du droit et l'impuissance des lois.* Paris, Flammarion, 1920.

CUQ (Ed.). — *Les institutions juridiques des Romains.* Paris, 1891.

— *Manuel des institutions juridiques des Romains.* Paris, 1917.

DELAGRANGE (J.). — *Les droits et les obligations des directeurs de théâtre envers le public.* Thèse, Paris, 1907.

DELISLE. — *Traité de l'interprétation juridique.* Paris, 1849.

DEMELIUS (G.). — *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeuntung.* Weimar, 1858.

DEMOGUE (René). — *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle.* Paris, Pichon, éditeur, 1901.

— *Obligations et contrats spéciaux, Etude de Jurisprudence.* In *Revue de droit civil* de 1902 à 1910.

— *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale.* In *Revue trimestrielle*, 1907, p. 245 s.

— *Les notions fondamentales du droit privé.* Paris, Rousseau, 1911.

— *Traité des obligations en général.* Paris, Rousseau, 1923, 1re partie, 3 tomes parus.

DEMOLOMBE. — *Préface de son cours de Code Napoléon.* Paris, Pedone-Lauriel, 1874-1885, 31 volumes.

Dereux (Georges). — *Etude des diverses conceptions actuelles du contrat.* In *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1901, p. 513 s.; 1902, p. 102 s.

— *De l'interprétation des actes juridiques privés.* Paris, Rousseau, thèse, 1905.

— *De la nature juridique des contrats d'adhésion.* In *Revue trimestrielle,* 1910, p. 503.

Descartes. — *Discours sur la méthode.* Ed. Cerf, Paris, 1908, 2e édit.

Deslandres. — *Etude sur le fondement de la loi. Revue de droit public,* t. XXV, 1908, p. 5 s.

Desserteaux (M.). — *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français.* Thèse, Dijon, 1909.

Dijol (Marcel). — *La nullité des contrats lésionnaires.* Thèse, Montpellier, 1918.

Dollat. — *Les contrats d'adhésion.* Thèse, Paris, 1905.

Dorado. — *Fonction de la loi et de l'autorité sociale. Revue de droit public et sciences politiques,* 1899, 2e.

Duguit (Léon). — *L'Etat, le droit objectif et la loi positive.* Paris, Fontemoing, 1901.

— *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat.* 2e édition, Paris, Alcan, 1911.

— *Manuel de droit constitutionnel.* 3e édition, Paris, De Boccard, 1918.

— *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon.* 2e édition, Paris, Alcan, 1920.

Duméril (H.). — *Les fictions juridiques: leur classification, leurs origines.* In *Revue générale du droit,* 1882, t. VI, p. 448 s.

Dumorat (A.). — *Etude sur les présomptions en droit civil.* Thèse, Bordeaux, 1901.

Dupont-Rougier (F.). — *Du contrat d'édition.* Thèse, Paris, 1907.

Durkheim (E.). — *La division du travail social.* Thèse de Lettres, Paris, Alcan, 1863, 1re édit.; 2e édit., 1902.

— *Les règles de la méthode sociologique.* Paris 1895, et préface de l'auteur à la 2e édition.

— *Sociologie et sciences sociales.* In *De la méthode dans les sciences.* Alcan, 1909-1911.

Duthoit. — *Vers l'organisation professionnelle.* Reims-Paris, 1910.

— *L'injustice usuraire vis-à-vis du droit moderne.* In *Semaine sociale de Rouen,* Lyon-Paris, 1910, p. 203 s.

Eisenmann (Em.). — *Le contrat d'édition.* Paris, 1894. Mémoire lu à l'Académie des sciences morales.

ESCARRA. — *La lésion dans le contrat de travail. Bulletin de la Société des études législatives*, 1906, p. 243 s.

ESMEIN (A.). — *Les contrats dans le très ancien droit français. Revue historique*, 1880, p. 659 s.

— *Droit constitutionnel*. Larose, 1899.

— *Histoire du droit français de* 1789 *à* 1814. Paris, Sirey, 1908.

FAGUET (Emile). — *Le libéralisme*. Paris, 1903.

FICHTE. — *Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française*. Trad. fr. de Barni, 1793.

FORTIER (G.). — *Les pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*. Thèse, Dijon, 1909.

FOUILLÉE. — *L'idée moderne du droit*. 2e édition, Paris, Hachette, 1883.

— *La science sociale contemporaine*. 2e édition, Paris, Hachette, 1885.

GALINIER (J.). — *Le régime des loyers depuis* 1914 *et l'évolution du droit*. Thèse, Montpellier, 1922.

GALLET (A.). — *Etude sur la fiction de rétroactivité dans le droit de français*. Thèse, Poitiers, 1903.

GALLIOT. — *De la déclaration de volonté dans les contrats*. Thèse, Caen, 1903.

GARNIER. — *L'idée du juste prix chez les théologiens du moyen âge*. Thèse, Paris, 1900.

GAUDEMET (E.). — *Note sous Civ. Cass. et Civ. rej.*, 18 octobre 1911, au *Sirey*, 1912-1-449, sur *le contrat de déménagement*.

GAUGIER. — *De l'interprétation des actes juridiques*. Thèse, Paris, 1898.

GAZAGNES (E.). — *Etude sur les agents d'affaires*. Thèse, Paris, 1898.

GEFFROY (P.). — *Essai sur les présomptions légales en matière civile*. Thèse, Paris, 1891.

GÉNY (François). — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 1re édition, 1899; 2e édition en 2 volumes, 1919. Paris, Pichon et Durand-Auzias.

— *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique, en vue d'une nouvelle orientation des études de droit privé*. Paris, 1899, d'abord paru in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1897.

— *La notion de droit positif à la veille du* XXe *siècle*. Dijon, L. Venot, 1901.

Gény (François). — *La technique législative dans la codification civile moderne, à propos du Livre du Centenaire du Code civil.* Paris, A. Rousseau, 1904.

— *Procédés d'élaboration du droit civil.* In *Les méthodes juridiques.* Giard et Brière, 1911.

— *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles.* Extrait de *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles.* Paris, A. Rousseau, 1914, p. 3-63.

— Préface de son ouvrage: *Des droits sur les lettres missives étudiées principalement en vue du système postal français. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation.* 2 volumes, Paris, Société du Recueil Sirey, 1911.

— *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique.* Paris, Sirey, tomes I, II, III parus.

I. — Introduction. Première partie: Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution, 1914.

II. — Seconde Partie: Elaboration scientifique du droit positif (l'Irréductible « droit naturel »), octobre 1915.

III. — Troisième partie: Elaboration technique du droit positif, juin 1921.

Gianturco. — *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale.* Diss, Naples, 1891.

Girard (Fr.). — *Manuel élémentaire de droit romain,* 6e édition, Paris, Rousseau, 1918.

Goublet (G.). — *La notion du quasi-contrat, Classification rationnelle des sources d'obligations.* Thèse, Paris, 1904.

Gounot (E.). — *Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique.* Thèse, Dijon, 1912.

Geouffre de Lapradelle. — *Des fondations.* Thèse, Paris, 1894.

Grasserie (R. de la). — *De la volonté comme source du droit.* In *Revue critique,* 1901, p. 300 s. et 597 s.; 1902, p. 98 s. et 246 s.

— *Les principes sociologiques du droit civil.* Paris, 1906. « Mouvement de la réalité à la fiction », p. 403-405.

— *Etude sur l'inégalité dans les contrats en droit comparé. Bulletin de la Soc. de légis. comp.,* 1911, p. 482 s.

Grasset. — *Science et philosophie.* Biblioth. intern. de critique, Paris, 78, boulevard Saint-Michel.

Guibal (Louis) et Guibal (Jean). — *Fixation définitive de la législation sur les loyers. Commentaires de la loi du 31 mars 1922.* Paris, aux bureaux des « Lois nouvelles », 1922.

Guyot (P.). — *L'idée de fiction.* In *Revue générale du droit,* 1908, t. XXXII, p. 417 s.

Hardoin (P.). — *La vente à tempérament.* Thèse, Paris, 1900.

Hauriou (Maurice). — *La science sociale traditionnelle,* 1 vol., 1896 (Larose).

— *Etude sur le droit administratif français.* 1 broch., 1897 (Paul Dupont).

— *Leçons sur le mouvement social.* 1 vol., 1899 (Larose).

— *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif.* 1 vol., 1899 (Larose).

— *L'institution et le droit statutaire. Recueil de législation de Toulouse,* 1906, p. 134 s.

— *Principes de droit public.* Paris, Larose et Tenin, 1910, 1re édit.; 1916, 2e édition.

— *Précis de droit administratif et de droit public,* 9e édit., 1919, Sirey.

— Supplément 1921-1924 au *Précis de droit administratif et de droit public,* 1 vol. in-8°, Flammarion et Vaillant, Paris.

Hauriou et de Bézin. — *La déclaration de volonté en droit administratif français.* In *Revue trimestrielle,* 1903, p. 543 s.

Hayem (F.). — *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs.* Thèse, Paris, 1899.

Hedemann (J.-W.). — *Die Vermuthungnach dem Reicht des deutschen Reiches,* Iena, 1904.

Hitier. — *La dernière évolution doctrinale du socialisme: Le socialisme juridique. Rev. écon. Pal.,* 1906, p. 209 s.

Huc. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.* Paris, 1892.

James (W.). — *Le pragmatisme.* Conférences faites à l'Institut Lowel, à Boston, en 1906. Trad. fr. Le Brun. Flammarion.

— *La philosophie de l'expérience;* leçons faites à l'Université de Harvard. Trad. fr. Le Brun, 9e édit., 1920. Flammarion.

Ihering (R. Von). — *Geist des romischen Rechts.* Tr. fr. par O. de Meulenaere sur la 3e éd. allemande. Paris, Chevalier-Maresq.

— *Esprit du droit romain.* Trad. de Meulenaere, Paris, Maresq, 1874, 4 tomes.

— *Der Besitzwille.* Tr. fr. Meulenaere. Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain. Paris, Maresq, 1880-1902.

— *Der Zweck im Recht.* Tr. fr. de O. de Meulenaere, Paris, Maresq, 1901.

Kant. — *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit.* 1796, tr. Barni, Paris, 1853.

Kittelmann. — *Lœsio enormis.* Thèse, Zurich, 1916.

KOHLER (J.). — *Technik der Gesetzgebung.* In *Archiv. für die civilistische.* Praxis, 1905, t. XC.

KRUEGER. — *Histoire des sources du droit romain.* Tr. fr. Brissaud, Paris, Thovin, 1894.

KUNTZE (J.-E.). — *Die obligation und die Singularsuccession des römischen und hentigen Rechts.* Leipzig, 1856.

LAHR. — *Cours de philosophie,* 3 tomes, Paris, 1911.

LAMBERT (Ed.). — *Etude sur le contrat en faveur des tiers.* Paris, 1893.
— *Une réforme nécessaire des études de droit civil.* In *Revue de l'enseignement,* 1900.
— *La fonction du droit civil comparé.* Paris, 1903.

LAURENT. — Préface de son *Cours élémentaire de droit civil,* 1878, 3 volumes.

LECOCQ (L.). — *De la fiction comme procédé juridique.* Thèse, Paris, 1914.

LEFEBVRE. — *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat?* In *Nouvelle Revue historique,* 1902, p. 300 s.

LETOURNEAU (Charles). — *L'évolution juridique dans les diverses races.* Paris, Vigot frères, 1898.

LEYRET. — *Les jugements du président Magnaud.* Paris, Stock, 1900.

LEVEN (Maurice). — *Les cases de coffres-forts devant la loi.* In *Annales de droit commercial,* 1913, p. 844 s.

LÉVY (E.). — *Responsabilité et contrat.* In *Revue critique,* 1899, p. 361 s.
— *L'exercice du droit collectif.* In *Revue trimestrielle,* 1903, p. 95 s.
— *La confiance légitime.* In *Rev. trim.,* 1910, p. 717 s.
— *Volonté et arbitrage.* In *Revue socialiste,* 15 mars 1911.

LORIN. — *Idée individualiste ou idée chrétienne comme fondement du droit.* In *Semaine sociale de Bordeaux,* 1909, p. 531 s.
— *La société professionelle. Chronique sociale,* décembre 1909 et janvier 1910.

LOUBERS (H.). — *L'action « de in rem verso » et la théorie de la responsabilité civile.* In *Revue crit. de législ. et de jurispr.,* 1912, nouvelle série, t. XLI, p. 396 s.

MAHER (A.). — *L'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats.* Firmin st Montane, Montpellier, 1913.

MALAPERT. — *Leçons de philosophie,* 2 vol., Paris, 1908.

MALEBRANCHE. — *De la recherche de la vérité.* Œuvres complètes édit. Genoude et Lourdoueix, Paris, de Sapia, 1837.

MALLIEUX. — *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique.* Paris, Giard et Brière, 1908.

MAURY (Jacques). — *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français.* Thèse, Toulouse, 1920, en deux tomes: t. I: La notion d'équivalence en matière contractuelle; t. II: La notion d'équivalence en matière extracontractuelle.

MAY (Gaston). — *Eléments de droit romain,* 12e édit., 1920, 1 vol. Paris, Sirey.

MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.* V° Présomption, § 2, 5e édit., Paris, 1830, t. XIII.

Méthode dans les sciences (De la). Etudes par Picard, Delbet, Durkheim, Ribot, etc., 2 vol. Alcan, 1909 et 1911.

Méthodes juridiques (Les), conférences faites au Collège libre des sciences sociales par MM. Gény, Larnaude, Berthélemy, Thaller, Pillet, Garson, Truchy, en 1910, Paris, 1911, Giard et Brière, avec préface de Paul Deschanel.

MEYNIAL. — *Le rôle de la logique dans la formation du droit.* In *Rev. de métaph. et de morale,* 1908.

— *La déclaration de volonté.* In *Rev. trim. de droit civil,* 1902, p. 545.

MONTESQUIEU. — *L'esprit des lois.* Edit. Flammarion, 1900.

MORIN (Gaston). — *De la constitution de réserves non statutaires dans les sociétés anonymes par délibération de l'assemblée générale des actionnaires.* Extrait des *Annales de droit commercial, étranger et international,* 1908, n° 5, Paris, Rousseau, 1908.

— *Le Crédit* (I. L'échange, II. Le contrat). In *La vie juridique du français.* Introduction à l'*Etude philosophique et pratique du droit.* Paris, Rousseau, 1909, p. 1 à 59.

— *L'individualisme de la Révolution française et du Code civil et la structure nouvelle de la vie économique.* Notamment: II. L'insuffisance de la technique individualiste du Code civil et la nécessité de nouvelles formules juridiques. In *Revue de métaphysique et de morale,* 1917, t. XXIV, p. 558-566, et surtout § I. Contrat et règlement, p. 562-563, et § 2. Contrat et organisme, p. 563-566.

— *La révolte des faits contre le Code.* Paris, Bernard Grasset, 1920.

NAQUET (E.). — *De la fiction de l'effet déclaratif du partage et de ses conséquences.* In *Revue de l'enseignement,* 1908, t. XVII, p. 149 s.

ORTOLAN. — *Principe de la non représentation dans les actes juridiques.* Paris, 1883.

PASCAUD (H.). — *Du principe que les contrats entre majeurs ne sont pas rescindables pour cause de lésion.* In *Rev. génér. de dr. et de législ.*, 1895, t. IX, p. 486.

PERIN (E.). — *De la lésion dans le contrat de travail.* Thèse, Paris, 1908.

PERRIN (Jean). — *Essai sur la réductibilité des obligations excessives.* Thèse, Paris, 1905.

PERREAU (E.-H.). — *Technique de la jurisprudence en droit privé,* en 2 tomes. Paris, 1923, Librairie des sciences politiques et sociales, Marcel Rivière, éditeur, avec préface de Fr. Gény.

PICARD (Edmond). — *Le droit pur.* Paris, Flammarion, 1908.
— *Les constantes du droit.* Paris, Flammarion, 1921.

PLANIOL (M.). — *Classification des sources des obligations. Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1904, n. s., tome XXXIII, p. 226 et suiv.
— *Classification synthétique des contrats.* Même revue, 1904, n. s., t. XXXIII, p. 470 s.
— *Traité élémentaire de droit civil.* Paris, Pichon et Durand Auzias, 3 vol., 1921.

POINCARÉ (H.). — *La science et l'hypothèse.* Paris, Flammarion, 1902.
— *Valeur de la science.* Paris, Flammarion, 1905.

PORCHEROT. — *De l'abus du droit.* Thèse, Dijon, 1901.

POUILLET. — *Traité de la propriété littéraire et artistique,* 1894, 2e édition.

RAYNAUD (G.). — *De l'action « de in rem verso » en droit civil français.* Thèse, Paris, 1899.

REYNAUD (Lucien). — *L'abus du droit.* Thèse, Paris, 1904.

RENARD (Jean). — *Mémoire sur l'enrichissement sans cause,* couronné par la Faculté de Droit de Montpellier en 1913 et par l'Académie de législation de Toulouse en 1914, refondu et présenté à la Faculté de Droit de Paris.

RIPERT (G.) et TEISSEIRE (M.). — *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français.* In *Revue trimestrielle de droit civil,* 1904, t. III, p. 727-796.

ROLIN (H.). — *Autour du problème des méthodes juridiques.* Bruxelles, 1920.

ROLLAND. — *Modifications des contrats par voie d'autorité.* In *Revue de droit pubilc,* 1910, p. 309 s.

ROLLAND DE VILLARGUES. — *Répertoire de la jurisprudence du notariat,* V° Fiction, t. III, Paris, 1828.

ROUAST (A.). — *Essai sur la notion juridique du contrat collectif dans le droit des obligations.* Thèse, Lyon; Paris, Rousseau, 1909.

ROUBIER (P.). — *Essai sur la responsabilité précontractuelle.* Thèse, Lyon; Paris, Rousseau, 1911.

ROUME (Jean). — *A propos de la méthode juridique.* Thèse, Montpellier, 1922.

ROUSSEAU (Jean-Jacques). — *Le contrat social.* Edition Dreyfus Brisach, Paris, Alcan, 1896; Edition Beaulavan, 1914.

RIBOT. — *Evolution des idées générales.* Paris, Alcan, 4e édit., 1915.

RUDELLE (P.). — *Des rapports juridiques entre les auteurs et les éditeurs.* Thèse, Paris, 1897.

RUE. — *Le contrat d'hôtellerie.* Thèse, Paris, 1906.

SALEILLES (Raymond). — *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit.* In *Revue intern. de l'enseignement,* 1890.

— *Le droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques.* In *Annales de droit commercial,* 1891.

— Préface au livre de M. Gény: *Méthode et sources, op. cit.*

— *L'individualisation de la peine,* Paris, Alcan, 1898.

— *De la déclaration de volonté.* Paris, Pichon, 1901.

— *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'empire allemand.* 2e édit., Paris, Pichon, 1901.

— *Ecole historique et droit naturel.* In *Revue de droit civil,* 1902, p. 106 s.

— *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles,* Rousseau, 1904.

— *L'abus du droit.* In *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1905.

SAUZAY (M.). — *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil.* Thèse, Lyon, 1904.

SAVIGNY. — *Traité de droit romain.* Trad. fr. Guenoux, Paris, Didot, 1851-1855.

— *Le droit des obligations.* Trad. Gérardin, t. II.

SCHATZ (A.). — *L'individualisme économique et social.* Paris, Colin, 1907.

— *De la location des coffres-forts.* Thèse, Paris, 1903.

SEMBAT (Marcel). — *De la rescision pour lésion dans la vente en droit romain et en droit français.* Thèse, Paris, 1888.

STAMMLER. — *Die Lehere von dem richtigen Rechte.* Berlin, Guttentag, 1902.

STURM (A.). — *Fiktion und Vergleich in der Rechtswissenschaft,* 1916.

SUMMER-MAINE (H.). — *L'ancien droit.* Trad. Courcelle-Seneuil, Paris, 1894, chap. II, Les fictions légales.

TAINE (H.). — *Les origines de la France contemporaine.* Paris, Hachette, 6 volumes, 16e édit., 1891.

TANON. — *L'évolution du droit et la conscience sociale,* Alcan, 1905.

TARDE (A. de). — *L'idée du juste prix.* Thèse, Paris, 1906.

TARDE (G.). — *Les transformations du droit.* Paris, Alcan, 1893.

TISSIER. — *De la déclaration de volonté.* In *Rev. bourguignonne de l'enseignement supérieur,* 1903, t. I, p. 187 s.

TOREAUX-BAYLE. — *Introduction à l'étude de la philosophie.* E. Chiron, éditeur.

TOURTOULON (P. de). — *Les principes philosophiques de l'histoire du droit.* Paris et Lausanne, Payot, 1908-1919; notamment p. 462 s. sur la présomption et la fiction.

UNGER (J.). — *System des Osterreichischen allgemeinen Privatrechts,* 4 A, Leizpig, 1876.

VALÉRY (Jules). — *Traité de la location des coffes-forts.* Paris, 1905. — Voyez aussi note de M. Valéry sous jugement du Trib. de commerce, Seine, 4 juin 1896, D. P. 98-2-73.

VANDER EYCKEN. — *Méthode positive de l'interprétation juridique.* Bruxelles et Paris, 1907.

VAREILLES-SOMMIÈRES. — *Les principes fondamentaux du droit.* Paris, Cotillon-Guillaumin, 1889.

VIVANTE. — *L'influenza del socialismo sul diritto privato.* Diss. inaug. Rome, 1902. Trad. 1902, trad. dans *Questions pratiques de législation ouvrière,* 1903, p. 33 s. et p. 65 s.

VIZIOZ (A.). — *La notion de quasi-contrat. Etude historique et critique.* Thèse, Bordeaux, 1912.

WAHL. — *Nature juridique du contrat de déménagement.* In *Rev. trim. de dr. civ.,* 1911, t. X, p. 507-530.

WINDSCHEID (B.). — *Wille und Willenserklärung. Archiv. für die civil,* Praxis, t. LXIII, 1880, p. 72-112.

— *Lehrbuck des Pandektenrechts*, 7e édit., Francfort-sur-le-Mein, t. I, 1906.

Winter. — *Le rôle de la philosophie dans la découverte scientifique* In *Rev. de mét. et de mor.*, 1908.

Worms (R.). — *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations.* Thèse, Paris, Giard, 1891.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 7

PREMIÈRE PARTIE

La Fiction du Contrat en général

CHAPITRE I. — LA FICTION DE CONTRAT DANS LES SOURCES DES OBLIGATIONS 20

SECTION I. — LE CONTRAT ET LA FICTION DE CONTRAT 23

§ 1. *La conception traditionnelle et individualiste du contrat* 24

§ 2. *La conception nouvelle et sociale du contrat* 34

SECTION II. — LE QUASI-CONTRAT ET LA FICTION DE CONTRAT 49

§ 1. *La doctrine traditionnelle de la fiction de contrat* . . 50

§ 2. *Critique de la doctrine traditionnelle et recherche du vrai fondement juridique du quasi-contrat* 52

SECTION III. — LA VOLONTÉ UNILATÉRALE ET LA FICTION DE CONTRAT 66

§ 1. *La doctrine traditionnelle en face de la volonté unilatérale* 67

§ 2. *Le véritable rôle et le domaine de la volonté unilatérale* 71

SECTION IV. — LA LOI ET LA FICTION DE CONTRAT 77

§ 1. *La loi en général* 78

§ 2. *Les diverses sortes de lois* 85

1° Les lois interprétatives 85

2° Les lois impératives 94

3° Les lois privées 98

Pages

CHAPITRE II. — LA FICTION DE CONTRAT DANS LA TECHNIQUE DU DROIT 102

SECTION I. — LA TECHNIQUE THÉORIQUE DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE 108

§ 1. *La méthode d'élaboration de la règle de droit* 108

1° La technique législative 109

2° Les techniques doctrinale et jurisprudentielle ... 112

A. — La fiction de contrat et le procédé technique de construction juridique par les catégories spécifiques de contrats 118

B. — La fiction de contrat et le procédé technique de construction juridique par le concept générique de contrat 133

§ 2. *La méthode d'interprétation de la règle de droit* .. 142

1° L'interprétation de la loi et la fiction de volonté légale 144

2° L'interprétation du contrat et la fiction de contrat 146

SECTION II. — LA TECHNIQUE APPLIQUÉE OU LES MÉCANISMES TECHNIQUES 159

§ 1. *Les contrats de construction* 161

1° Les contrats de pure construction 163

2° Les contrats simulés 170

3° Les contrats apparents 180

§ 2. *Les présomptions* 187

1° La présomption et la fiction en général 188

2° La présomption et la fiction spéciale de contrat. 193

DEUXIÈME PARTIE

Les Fictions de Contrats spéciaux dans le Code Civil et depuis le Code Civil

CHAPITRE I. — LES FICTIONS DE CONTRATS SPECIAUX DANS LE CODE CIVIL 211

SECTION I. — DANS LE DROIT DE FAMILLE 211

§ 1. *Le mariage* 212

1° La thèse contractuelle 213

2° La thèse institutionnelle 221

Pages

§ 2. *La filiation* 225

1° La filiation adoptive..... 226

2° Les filiations naturelle et légitime..... 228

SECTION II. — DANS LE DROIT DU PATRIMOINE..... 233

§ 1. *Dans la théorie générale des obligations*..... 235

1° Les obligations annulables..... 236

2° Les obligations conditionnelles..... 239

3° Les obligations solidaires dans leurs effets secondaires 240

§ 2. *Dans la théorie des contrats spéciaux*..... 242

1° La communauté légale..... 242

2° La cautio usufructuaria moderne..... 247

3° Les contrats réels..... 249

4° Le droit de rétention..... 251

5° Le gage tacite du bailleur d'immeubles..... 252

6° Le maintien de l'hypothèque légale de la femme mariée dans le droit de retour conventionnel.... 253

7° La pétition d'hérédité..... 254

8° La représentation 256

CHAPITRE II. — LES FICTIONS DE CONTRATS SPECIAUX DEPUIS LE CODE CIVIL..... 260

SECTION I. — DANS LES LOIS POSTÉRIEURES AU CODE CIVIL..... 260

§ 1. *Les sociétés par actions*..... 262

1° Les assemblées générales constitutives et ordinaires d'actionnaires 263

2° Les assemblées générales extraordinaires d'actionnaires 265

§ 2. *Les faillites et les liquidations judiciaires*..... 267

1° Le concordat 268

2° Le règlement transactionnel..... 269

§ 3. *Les associations syndicales autorisées*..... 271

1° Les lois du 21 juin 1865 et du 22 décembre 1888.. 271

2° La loi Chauveau du 27 novembre 1918..... 273

Pages

§ 4. *Les contrats électoraux*..... 274
1° La représentation majoritaire..... 275
2° La représentation proportionnelle..... 276

§ 5. *Appréciation critique de la loi de la majorité*..... 277

SECTION II. — DANS LA JURISPRUDENCE ET DANS LA DOCTRINE.. 284

§ 1. *Les situations pourvues d'une réglementation légale suffisante* 288
1° Le contrat de métayage..... 289
2° Le contrat individuel de travail..... 290
3° Le contrat collectif de travail..... 293
4° Le contrat d'assurance sur la vie..... 294

§ 2. *Les situations insuffisamment réglementées par la loi* 297
1° Le pouvoir ménager de la femme mariée..... 297
2° La responsabilité civile des notaires..... 301
3° La responsabilité précontractuelle dans le contrat de transport des voyageurs..... 306
4° Le contrat d'entreprise..... 310

§ 3. *Les situations encore non prévues et non expressément réglementées par la loi*..... 312
1° Le contrat de cession à tempérament..... 313
2° Le contrat d'édition..... 314
3° Le contrat de coffre-fort..... 315
4° Le contrat de report..... 316
5° Le contrat de généalogie..... 317

SECTION III. — DANS LES IDÉES NOUVELLES ET DANS LES PROJETS DE RÉFORME 321

§ 1. *Le déséquilibre des forces contractantes, et le contrat d'adhésion* 322
1° Les conceptions actuelles du contrat d'adhésion. 323
2° Examen critique de ces diverses conceptions.... 336

Pages

§ 2. *Les tentatives de rétablissement de l'équilibre contractuel et la théorie de la lésion* 343

1° Les principes d'une réforme 344

2° Ses modalités de réalisation 352

CONCLUSION 359

BIBLIOGRAPHIE 373

TABLE DES MATIERES 387

IMPRIMERIE
DE
" L'ECONOMISTE MÉRIDIONAL "
19, AVENUE DE TOULOUSE
MONTPELLIER